# Der Wandel in der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

---

Vorgelegt von

**Hans-Erwin Freiherr von Stenglin**

Gerichtsreferendar aus Wiesbaden

Marburg 1937

Buchdruckerei Hanns Michel, Berlin NW 7, Marienstraße 11

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 23. 7. 1937

*

Referent: Prof. Dr. Herrfahrdt
Korreferent: Prof. Dr. Bredt

## Schrifttum.

Albrecht: Das Recht der Revolution. Berlin 1934.

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte in der Uebersetzung von Pappenheim. Mannheim 1927 (zit. Andersen).

Appelius: Zur Frage der Anfechtbarkeit von Beamtenanstellungen infolge von Willensmängeln in: RVBl. 1934 S. 672 ff.

Baressel: Die Lehre vom verwaltungsrechtlichen Formalakt, insondere ihre Anwendung auf die Einbürgerung. Diss. Halle 1934.

v. Berg: Handbuch des teutschen Polizeyrechts. I. und IV. Teil. Hannover 1799.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Bornhak: Artikel „Instruktionen“ in Stengels Wörterbuch, Bd. I, S. 677 ff.

Brand: Die Anfechtung von beamtenrechtlichen Verwaltungsakten wegen Irrtums oder Täuschung in: Beamtenjahrbuch Jg. 22 (1935) S. 3 ff.

Cremer: Zur Anfechtbarkeit zweiseitiger Verwaltungsakte, in: RVBl. Bd. 48 S. 193.

— Zur Frage der Rechtswirksamkeit fehlerhafter polizeilicher Strafverfügungen in: RVBl. 1936 S. 378.

Coester: Rechtskraft der Staatsakte. München 1927.

v. Dobschütz: Der Widerruf einer Einbürgerung. Diss. Marburg 1936.

Drews: Preußisches Polizeirecht. 4. Aufl. Berlin 1933, Bd. I u. II.

Ebner: Die Entziehung des Jagdscheins in: RVBl. 1936 S. 405.

Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg mit Begründung. Stuttgart 1931.

— Ergänzungsband Stuttgart 1936.

v. Eulitz: Ungültigkeit von Verwaltungsakten wegen Irrtums. Diss. Leipzig 1933.

Feuerbach: Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn. Gießen 1797.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage Tübingen 1928 (zit. Fleiner).

Förster: Friedrich Wilhelm I., Bd. II.

Forsthoff: Der totale Staat. Hamburg 1933.

Frank: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.

Franzen: Hauptprobleme des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Heft 2. Göttingen 1934.

— Die Polizei im neuen Staat. Diss. Marburg 1935.

Friedrichs: Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz. 2. Aufl. Berlin 1932.

Giese-Neuwien-Cahn: Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin 1930 (zit. Giese).

Göring: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.

Groß-Tengels: Der Streit um den Rechtsstaat, Diss. Marburg 1936.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5./6. Aufl. Leipzig 1927 (zit. Hatschek).

Herrfahrdt: Revolution und Rechtswissenschaft. Greifswald 1930.

— Werden und Gestalt des Dritten Reiches. Berlin 1933.

— in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie XXX. Bd. Heft 1, S. 108 ff.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921 (zit. Herrnritt).

— Oesterreichisches Verwaltungsrecht. Tübingen 1925.

v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. Berlin 1924 (zit. v. Hippel).

— Besprechung von Andersens Buch „Ungültige Verwaltungsakte“ in: Arch. ö. R. NF. 16 S. 139 ff.

Hoche: Das Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche in: RVBl. 1935, S. 185 ff.

Hofacker: Der Einzelne und die Gesamtheit. Stuttgart 1930.

Holtmann: Die Wirksamkeit von Verwaltungsakten bei falscher Namensbezeichnung des Adressaten. Diss. Köln 1935.

Ipsen: Der Widerruf gültiger Verwaltungsakte. Hamburg 1932.

Jacob: Antimachiavell oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams. Halle 1794.

Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

— Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.

— Besprechung von v. Hippels Buch „Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes“ in: Arch. ö. R. NF. 9, S. 361 ff.

— Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931 (zit. Jellinek).

Jerusalem: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat. Jena 1935.

Josef: Der fehlerhafte Staatsakt in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Arch. ö. R. 34, S. 363 ff.

Keim: Der Bürger und der infolge behördlichen Irrtums fehlerhafte Verwaltungsakt. Diss. Leipzig 1932.

Kelsen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Arch. ö. R. Bd. 31, S. 53 ff., 190 ff., 225 ff.

— Ueber Staatsunrecht in: Grünhuts Ztschr. Bd. 40, S. 55 ff.

Kerrl-Weidemann: Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung. Berlin 1935.

Klausener-Kerstins-Kempner: Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz. Berlin 1932.

Knauth-Wagener: Die Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. Juni 1926. Weimar 1927.

Köbner: Staatsakt und Zuständigkeit. Diss. Heidelberg 1935.

v. Köhler: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrecht. Stuttgart 1935 (zit. v. Köhler).

Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat. Berlin 1932.

— Allgemeine Staatslehre. Berlin 1933.

— Der nationalsozialistische Rechtsstaat in: Die Verwaltungsakademie 1934 Heft 15.

— Zur Frage der Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung in der Verwaltung in: RVBl. 1935, S. 445 ff.

— Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin 1936 (zit. Koellreutter).

Koettgen: Betrachtungen zum Neubau der deutschen Verwaltung in: RVBl. 1935, S. 65 ff.

— Deutsche Verwaltung. Mannheim 1936 (zit. Koettgen).

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910 (Manuldruck 1925) — (zit. Kormann).

Küchenhoff-Berger: Deutsche Gemeindeordnung. Berlin 1935.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. Tübingen 1911, Bd. II.

Lauer: Polizeigewalt, Polizeibegriff usw. im nationalsozialistischen Staat in: RVBl. 1933, S. 971 ff.

— Die Bedeutung der nationalsozialistischen Revolution für das Verwaltungsrecht. RVBl. 1934, S. 705 ff.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Manigk: Artikel: „Unwirksamkeit, Ungültigkeit" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1929, Bd. 6, S. 307 ff.

Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl., Bd. I, Leipzig 1924 (zit. Mayer).

Maunz: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. Hamburg 1934.

Meißner-Kaisenberg: Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich. Berlin 1935.

Merkl: Allgemeines Verwaltungrecht. Wien 1927 (zit. Merkl).

Metz: Zur Frage der fehlerhaften Verwaltungsakte in: Steuer und Wirtschaft. 14. Jahrgang 1935, Teil I, Sp. 429 ff.

Moser: Von der Landeshoheit in Regierungssachen. Frankfurt a. M. 1772.

Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden. Hamburger Diss. 1921.

Pappenheim: Die Konversion fehlerhafter Staatsakte in: Fischers Ztschr. Bd. 60, S. 1 ff.

Peters: Besprechung von Köttgens „Deutsche Verwaltung" in: Reich und Länder 1936, S. 60 ff.

— Besprechung von v. Köhlers „Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts" ebd. 1936, S. 124 ff.

Poetzsch-Heffter: Volk als Ganzes in: RVBl. 1935, S. 809 ff.

Radbruch: Grundzüge der Rechts-Philosophie.

Rahn: Die Bedeutung des Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg für die Polizei. Diss. Tübingen 1935.

Riemer: Der gegenwärtige Stand der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. Diss. Breslau 1929.

Säftl: Widerruf von Steuerverwaltungsakten. Diss. Göttingen 1936.

Sartorius: Sammlung voon Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. München 1935.

v. Seebach, Frhr: Aenderungen des deutschen Staatsangehörigkeitsrechtes seit dem 30. Januar 1933. Diss. Göttingen 1936.

Surén-Loschelder: Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung. Berlin 1935.

Schack: Willensmängel bei Verwaltungsakten in: Fischers Zeitschr. Bd. 68, S. 281 ff.

— Die fehlerhafte Beamtenanstellung in: Beamtenjahrbuch, 17. Jg. 1930, S. 167 ff. 231 ff.

— Zur Behandlung des fehlerhaften Verwaltungsaktes im neuen Staat in: RVBl. 1936, S. 226 ff.

— Ueber fehlerhafte Verwaltungsakte in: Deutsches Verwaltungsrecht, hrg. von Dr. Hans Frank München 1937, S. 331 ff.

Schlange: Die Teilunwirksamkeit von Verwaltungsakten. Diss. Göttingen 1935.

Schmidt, Georg: Zielsetzung und Schranken der Polizeigewalt in: RVBl. 1935, S. 835 ff.

Scholz: Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich. Köln 1936.

Spanner: Der Rechtsbestand irriger Verwaltungsakte in: Ztschr. ö. R. 1933, Bd. XIII, S. 493 ff. S. 527 ff. 679 ff.

v. Stein: Die Verwaltungslehre, I. Teil: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt. Stuttgart 1865.

— Artikel: „Verwaltung“ in Stengels Wörterbuch Bd. II, S. 709 ff.

v. Stengel, Frhr: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg 1890.

Stier-Somlo: Artikel: „Verwaltungsakte“ in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1929, Bd. 6, S. 580.

Stuckart: Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Deutsche Verwaltung 1935, S. 161 ff.

Tatarin-Tarnheyden: Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat. Arch. ö. R. NF. 24, S. 345 ff.

— Werdendes Staatsrecht. 1935.

Vogels: Willensmängel bei der Beamtenanstellung in: Verwaltungsarchiv 1919, Bd. 27, S. 246 ff.

Volkmann: Irtum und Erschleichung bei der Einbürgerung. Diss. Marburg 1931.

Weidemann: Deutsches Verwaltungsrecht in: Die Verwaltungsakademie 1934, Heft 24.

Weskamp: Die Folgen der Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes. Diss. Köln 1934.

Zinser: Der Allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung der Obersten Verwaltungsgerichte in: Verwaltungsarchiv Bd. 39, S. 40 ff., 230 ff.

# Inhaltsverzeichnis.

# Erster Hauptteil.

## Wesen und Entwicklung der Lehre.

### Kapitel I: Die Grundlagen der Lehre.

#### § 1. Vorbemerkungen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die bisherigen Lehren vom fehlerhaften Verwaltungsakt in allen ihren Einzelheiten noch einmal im Zusammenhang darzustellen, nachdem dies bereits in zahlreichen Arbeiten geschehen ist [1]). Es wird vielmehr genügen, eine kurze Einführung in die Entwicklung und den bis zur nationalsozialistischen Erhebung erreichten Stand der Lehre zu geben und dann auf ihre heutige Gestalt näher einzugehen.

Die Bedeutung, die die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt auch jetzt besitzt, beruht vor allem darauf, daß der nationalsozialistische Staat als ausgesprochener Rechtsstaat grundsätzlich nicht gewillt ist, fehlerhafte Akte in seiner Verwaltung zu dulden. Wenn Verwaltungsakte erlassen werden, mit denen eine Verletzung grundsätzlicher Werte der Rechtsordnung verbunden ist, so werden bestimmte Rechtsfolgen einzutreten haben, die in der Regel zu einer Beseitigung des fehlerhaften Aktes führen.

Die Bedenken, die heute der Lehre gegenüber geäußert werden, erklären sich aus der Tatsache, daß diese in einer Zeit entstanden ist, die heute gewöhnlich als die des liberalen Rechtsstaates bezeichnet wird. Aehnlich wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist auch die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungakt nicht von einem einheitlichen weltanschaulichen Standpunkt aus entstanden, sondern hat ihre Prägung im Zusammenwirken aller damals beteiligten Kräfte erfahren: und dazu hat nicht allein der politische Liberalismus des vergangenen Jahrhunderts gehört.

---

[1]) z. B. Erich Riemann: Der gegenwärtige Stand der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1929) und die Begründung zum Entw. Württ. S. 247 ff.

Die Lehre hat durch ihre Bezogenheit auf die Verwaltung und dadurch, daß diese die Förderung des gemeinen Wohls auch im 19. Jahrhundert als ihre eigentliche Aufgabe betrachtet hat, nie so das individuelle Interesse in den Vordergrund treten lassen können, wie das vielleicht auf anderen Rechtsgebieten der Fall gewesen sein mag[2]). Der Schade, der sonst für das gemeine Beste eingetreten wäre, ist von fast keiner Seite übersehen worden. Und wo Ansichten laut wurden, die in ihren Folgerungen in diesem Sinne hätten schädlich wirken können[3]), fanden sie Ablehnung, namentlich in der Rechtsprechung unserer obersten Verwaltungsgerichte.

Es kann daher nicht davon die Rede sein, daß die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt als „liberal" etwa in dem Sinne abzutun wäre, daß im Interesse des einzelnen die Nichtigkeitsfolge oder die Anfechtungsmöglichkeit zum Schaden öffentlicher Belange ausgeweitet worden wären. Wo das im Einzelfall geschehen ist, kann es jedenfalls nicht als Charakteristikum für den Stand der Lehre gelten.

Das berechtigt uns, in weitem Umfange die bisherige Lehre als Grundlage für die Darstellung ihrer jetzigen Gestalt heranzuziehen. Der Wandel, der in der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt und in der Rechtsprechung dazu seit der Durchsetzung nationalsozialistischer Anschauungen notwendig stattfindet, spielt sich — wie wir sehen werden — auf einer ganz anderen Ebene ab.

## § 2. Der Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt ist nach Otto Mayer[4]) „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll." Damit ist der Verwaltungsakt von den übrigen Staatsakten abgegrenzt; hinzuzufügen wäre noch, daß die vorliegende Untersuchung sich auf die gestaltenden Verwaltungsakte beschränkt und insbesondere die erkennenden nicht mit einbezieht, da diese durch ihren Urteilscharakter und ihre sich daraus ergebende materielle Rechtskraft anderen Grundsätzen unterliegen als die hier zu behandelnden Akte.

---

[2]) Jerusalem: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat (S. 5), meint allgemein, daß das Verwaltungsrecht im neuen Staat seinen bisherigen Charakter weitgehend bewahrt habe. Das Neue bestehe letztlich in einem neuen Erlebnis des Rechts überhaupt.

[3]) wie z. B. in der Wiener Schule (Kelsen-Merkl).

[4]) Bd. I S. 93.

Eine besondere Bedeutung kommt im Rahmen der Arbeit der Einteilung in belastende und begünstigende Akte zu. Dabei sind unter begünstigenden Akten nicht etwa nur solche zu verstehen, die subjektive öffentliche Rechte vermitteln. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Wirkung auf den Nächstbeteiligten an. Dabei bleiben Nachteile infolge von Auflagen oder nachteilige Reflexwirkungen auf Dritte unberücksichtigt [5]. Dagegen sind belastende Akte solche, die von dem Betroffenen ein bestimmtes Verhalten (Dulden, Tun oder Unterlassen) fordern.

Es ist davon auszugehen, daß im Falle der Fehlerhaftigkeit die belastenden Akte von dem Betroffenen, die begünstigenden dagegen von der Verwaltung angegriffen werden [6], sofern die Akte nicht ohnedies wirkungslos, weil nichtig sind.

## § 3. Die Fehlerarten.

Fehlerhaft im Sinne der vorliegenden Untersuchung ist der Verwaltungsakt, der mit der geltenden Rechtsordnung [7] nicht in Uebereinstimmung steht, sei es in der Form, im Verfahren oder im Inhalt oder infolge von Mängeln in der Person des erlassenden Staatsorgans oder des Beteiligten.

Innerhalb dieser Gruppen ist die Zahl der Fehlerarten unübersehbar. Menschliche Unvollkommenheit läßt immer wieder andersartige Fehler entstehen, an die zuvor weder die Rechtslehre noch der Gesetzgeber gedacht haben. Es kann sich daher immer nur darum handeln, einen Ausschnitt zu geben und dabei die typischen Fehler herauszugreifen, um an ihnen zu zeigen, unter welchen Gesichtspunkten die einzelnen Fehlerarten überhaupt zu betrachten sind.

## § 4. Fehlerfolgen.

Die Fülle der Bearbeitungen und die geringe Anzahl von Kodifikationen über die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt haben es mit sich gebracht, daß bereits bei der Terminologie Schwierigkeiten entstehen. So finden sich beispielsweise für die Beseitigung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes durch die Verwaltung selbst folgende Bezeichnungen: Widerruf, Zurücknahme, Selbstanfechtung, publizisti-

---

5) Vgl. Begründung Entw. Württ. S. 294/95.

6) Weil in einem Fall die Sphäre des Betroffenen in irgend einer Form als zu Unrecht belastet erscheint, im anderen die der Allgemeinheit (v. Hippel S. 93).

7) Aehnlich Entw. Württ. Begründung S. 247.

sche Anfechtung und Aufhebung. Aehnlich steht es mit den übrigen Begriffen. Es soll hier nicht im einzelnen auf die Zweckmäßigkeit der einen oder anderen Ausdrucksweise eingegangen werden, über die sich mit guten Gründen streiten läßt. Solange noch keine verbindliche Terminologie festgestellt ist[8]), besteht jedenfalls keine Aussicht, daß sich die eine oder andere Auffassung völlig durchsetzt. Es kann unter diesen Umständen nur darauf ankommen, der vorliegenden Arbeit eine einheitliche Ausdrucksweise zu sichern.

a) Von geringer praktischer Bedeutung sind die Fälle, bei denen es sich um Akte handelt, hinter denen nicht die Autorität des Staates steht, weil sie von keinem Staatsorgan erlassen worden sind und daher auch nicht als Willensäußerungen des Staates angesehen werden können. Solche Akte kann der Staat nicht als die seinen gelten lassen; sie haben keinerlei Wirksamkeit. Einer Feststellung ihres Nichtbestehens bedarf es nicht. Es sind Nichtverwaltungsakte. Einen Vertrauensschutz kann es dabei für den Beteiligten und für Dritte nur unter ganz besonderen Umständen geben.

b) Dagegen handelt es sich um nichtige Verwaltungsakte, wenn diese zwar als Verwaltungsakte erscheinen, aber aus später zu erörternden Gründen nicht in der Lage sind, rechtswirksam zu sein. Ein solcher Akt ist als rechtlich nicht vorhanden anzusehen, er braucht weder von der Behörde noch von dem Betroffenen und schließlich auch von keinem Dritten beachtet zu werden. Ungehorsam und Widerstand[9]) sind im allgemeinen nicht rechtswidrig; Vollstreckungszwang ist unzulässig. Die Versäumung der Rechtsmittelfrist ist unschädlich; die Nichtigkeit kann in jedem Verfahren, so auch vor den ordentlichen Gerichten, geltend gemacht und von ihnen festgestellt werden. Da sich aber in dem nichtigen Verwaltungsakt einmal der Wille des Staates geäußert hat, wird man die Behörde aus Gründen der

---

[8]) Etwa in einer Reichsverwaltungsordnung. — Die Rechtsprechung, insbesondere das Pr. OVG., hält Nichtigkeit und Anfechtbarkeit überhaupt nicht streng auseinander. Vgl. Entw. Württ. S. 251.

[9]) § 113 StGB. Vgl. dazu die Ausführungen v. Hippels S. 96 ff, wonach das RG. annimmt, daß Vollstreckungsbeamte sich dann in rechtmäßiger Ausübung ihres Amtes befinden, wenn sachliche, örtliche und zeitliche Zuständigkeit und die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens beachtet sind.

Rechtssicherheit für verpflichtet halten müssen, alsbald nach Kenntnis die Nichtigkeit ausdrücklich festzustellen[10]).

c) Ferner kann ein Verwaltungsakt fehlerhaft sein, ohne daß damit die schweren Folgen der Nichtigkeit einzutreten brauchen. Ein solcher Akt kann jedoch, wenn die Voraussetzungen vorliegen, beseitigt werden. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er rechtswirksam. Es handelt sich dann um einen vernichtbaren Verwaltungsakt. Zu unterscheiden ist dabei, ob die Beseitigung des Aktes durch die Behörde selbst erfolgt — dann sprechen wir von Zurücknahme — oder ob auf Antrag eines Beteiligten (Beschwerde, Verwaltungsklage). Hierfür wird im folgenden die Bezeichnung Anfechtung verwendet[11]).

Bei der Vernichtbarkeit von Verwaltungsakten bleibt zunächst die Frage offen, ob diese mit rückwirkender Kraft (ex tunc) oder erst für die Zukunft (ex nunc) eintritt. Logisch ist mit dem Begriff Vernichtbarkeit weder die eine noch die andere Folge verbunden[12]). Beide sind daher möglich[13]).

## Kapitel II: Die geschichtliche Entwicklung der Lehre.

### § 1. Die Zeit des späten Absolutismus.

Die staatliche Verwaltung in ihrer in den Grundzügen bis auf heute überkommenen Gestalt stammt in Deutschland aus der Frühzeit des Absolutismus. Diese Epoche ist vor allem durch den Widerstreit der landesherrlichen und der ständischen Interessen gekennzeichnet. In diesem Kampfe

---

10) So Entw. Württ. Art. 38, Abs. 2. — Sofern „Nichtigkeit" erst nach Nichtigkeitserklärung eintreten soll, handelt es sich in Wahrheit um einen vernichtbaren Akt (vgl. unter c). So im Deutschen Beamtengesetz (DBG.) vom 26. 1. 37 § 32 Abs. 2 und im österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG.) vom 21. 7. 25 § 68 Abs. 4; ähnlich wie die „nichtige" Ehe des BGB.

11) Es handelt sich hier nur um die materielle Anfechtbarkeit, während die Frage, ob ein Akt im konkreten Fall formell angefochten werden kann, d. h. ob ein Rechtsmittel gegeben ist, unberührt bleibt.

12) So v. Hippel S. 16.

13) Abzulehnen ist die Auffassung des bayerischen VGH. (Urteil vom 27. 6. 35 in Reger Bd. 55 S. 347 ff, insbes. S. 349), wonach der Unterschied zwischen Zurücknahme und Anfechtung vor allem darin liegen soll, daß die Anfechtung ex tunc-, die Zurücknahme ex nunc-Wirkung auslösen soll. Vgl. im übrigen dazu unten S. 55 ff.

fiel der Verwaltung neben dem stehenden Heere eine besondere Rolle zu. Sie war dazu bestimmt, die Belange des Landesherrn gegenüber den Ständen durchzusetzen und diese Schritt für Schritt aus ihrer Machtstellung zu verdrängen. Dieses Ziel wurde fast überall in Deutschland erreicht[14]).

Der einzelne, dessen Interessen bisher von den Organen seines Standes, denen er durch Beruf und Geburt angehörte, gegenüber dem Territorialherrn vertreten worden waren, sah sich nun seinem Landesherrn unmittelbar gegenübergestellt.

Sofern dieser nicht die privilegia de non appellando und de non evocando besaß, waren zwar noch die Reichsgerichte für Klagen gegen den Fürsten zuständig. Die Durchführung dieser Prozesse hatte aber, abgesehen von ihrer Kostspieligkeit und Weitläufigkeit, wegen der Folgen, die der so verklagte Landesherr daraus zog[15]), seine Schwierigkeiten, so daß diesen Klagen für die tägliche Verwaltungspraxis keine große Bedeutung zukam. Diese Reste des absterbenden mittelalterlichen Justizstaates vermochten gegenüber der Machtentfaltung der mehr und mehr vom Reich unabhängig werdenden Territorialstaaten dem einzelnen nicht mehr zu seinem Recht zu verhelfen.

Dies galt insbesondere bei den sog. politischen Sachen, deren Grenze sehr weit gezogen wurde. Ausdrücklich stellte schon der Reichsabschied von 1654 in § 106 fest, daß die Reichsgerichte die Pflicht hätten, politische Sachen an des Orts Obrigkeiten zu verweisen, „als die ohnedies den Gewalt haben, dergleichen Statute nach Gelegenheit der Läuft und Zeiten zu widerrufen und zu ändern". Durch diese Regelung wurde also der Rechtsschutz des Reiches noch weiter eingeschränkt.

Aber die Auffassung, die gerade in Preußen der Monarch von seiner Ausgabe hatte, namentlich die religiös empfundene Verpflichtung, dem Lande ein gerechter Herr zu sein, führte fast nie zu einem Zustand völliger Willkür.

---

14) Mit Ausnahme von Mecklenburg; vgl. im übrigen K o e t t g e n S. 55 ff.

15) So berichtet F ö r s t e r : Friedrich Wilhelm I., Bd. 2, S. 228, daß König Friedrich Wilhelm I. mit Bezug auf Untertanen, die ihn beim Reichskammergericht verklagt hätten, verordnet habe, daß „den renitenten Edelleuten allerhand Schikanen gemacht und ihnen solchergestalt der Kitzel vertrieben werde, gegen ihren angeborenen Landesherrn und Obrigkeit an dergleichen frevelhaftes und gottloses Beginnen weiter zu denken".

Es war jedenfalls der Wille des Königs[16]), daß kein Untertan durch „Plackereien, Sudeleien und Sportulieren" bedrückt werden sollte.

Die Anweisungen, die die Verwaltung dazu vom Fürsten erhielt, waren die Instruktionen[17]). Sie ergingen supplendi et corrigendi iuris causa und richteten sich ausschließlich an die Behörden, niemals an den einzelnen Untertanen. Noch bis in die erste Hälfte des 18. Jahrhunderts mußten sie streng geheimgehalten werden, um nicht die Stände zu einem Eingreifen zu veranlassen. Erst mit Ueberwindung ihrer Machtstellung bedurfte es dieser Geheimhaltung nicht mehr. Seit dieser Zeit finden sich daher auch Veröffentlichungen dieser Dienstinstruktionen. Denn man sah ein, daß es für die Untertanen von Wichtigkeit sein mußte zu wissen, nach welchen Grundsätzen die Verwaltungstätigkeit ausgeübt wurde[18]). Nun ergab sich zwar aus der Berufung auf eine Instruktion noch kein Rechtsanspruch für den Betroffenen auf ihre Innehaltung[19]). Ihre Verletzung war auch der gerichtlichen Nachprüfung entzogen. Aber es bestand doch eine größere Wahrscheinlichkeit für den Untertan, daß er im Beschwerdeweg durchdrang, wenn er sich auf eine derartige Vorschrift berufen konnte. Denn ein Verstoß gegen diese bedeutete immerhin die Verletzung einer fürstlichen Anweisung. Andererseits stellten sie keine Selbstbindung des Monarchen dar und konnten nie gegen ihn mit Erfolg herangezogen werden[20]).

Im übrigen war der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten des Territorialfürsten auf die Entscheidung reiner Rechtsfragen beschränkt, die die sog. Polizei- oder Regierungssachen zu Justizsachen machten. Auch hier waren aber die politischen Sachen wiederum ausgenommen[21]), und die Verwaltung bemühte sich, diesen Kreis möglichst weit zu ziehen.

Einerseits war also das Rechtsmittelwesen noch kaum ausgebildet und die Zahl der Rechtsnormen gering, auf die

---

16) Friedrich Wilhelm I. Vgl. Groß-Tengels: Der Streit um den Rechtsstaat, Diss. Marburg 1936, S. 16.

17) Vgl. zum folgenden Bornhak, Artikel „Instruktionen" in Stengels Wörterbuch I S. 677.

18) Vgl. Franzen: Polizei im neuen Staat, S. 17.

19) Auch ALR. 180, II, 20, wo es heißt, daß die Behörde auf schleunige Untersuchung und Abhilfe begründeter Beschwerden bedacht sein soll, gibt dem Untertanen noch kein Beschwerderecht.

20) Franzen a. a. O. S. 48.

21) v. Berg: Handbuch d. Teutschen Polizeyrechts, IV, S. 376.

der Untertan sich mit Erfolg berufen konnte, andererseits war die Verwaltung wohl gegenüber dem Monarchen durch die Instruktionen, nicht aber gegenüber dem Untertanen durch Rechtsvorschriften gebunden. Es fehlten sonach noch die natürlichen Voraussetzungen für das Entstehen der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt. Erst mit der Entwicklung zum Rechtsstaat konnte diese ihre Grundlage finden.

## § 2. Die Zeit des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert.

Als im Laufe des vergangenen Jahrhunderts die Landesherren in der gesetzgebenden Gewalt durch Volksvertretungen beschränkt wurden, mußte es sich auch die dem Fürsten verpflichtete Verwaltung gefallen lassen, daß sie in umfassenderer Weise Bindungen eingehen mußte. So gilt jetzt der Satz, daß die Verwaltung keinen belastenden Akt mehr ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen dürfe. Die Zurücknahmegründe werden eingeschränkt [22]). Es bestehen Rechtsansprüche des einzelnen auf Erlaß eines begünstigenden Aktes, sofern nur bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden (subjektive öffentliche Rechte). Die bisherigen innerdienstlichen Anweisungen (Instruktionen) werden zum überwiegenden Teil zu verbindlichen Rechtsnormen. Aus den früher allein bekannten Dienstaufsichtsbeschwerden werden förmliche, an Fristen gebundene Beschwerden, schließlich [23]) entsteht eine selbständige Verwaltungsgerichtsbarkeit [24]). Alle diese Faktoren treffen zusammen und führen dazu, daß neben das gerichtliche Urteil ein der Verwaltung eigentümlicher förmlicher Akt tritt, der, wenn auch nicht mit materieller Rechtskraft ausgestattet, doch dem Betreffenden genau angibt, welche Rechte und Pflichten ihm im Einzelfall zukommen, und der die Grundlage jeder weiteren Entscheidung bildet. Damit ist der Verwaltungsakt entstanden. Jetzt konnte die Frage auftauchen, welche rechtlichen Folgen ein Fehler des Aktes haben würde, ob der Akt als nichtig anzusehen ist oder ob er lediglich als vernichtbar zu gelten hat.

Die Schwierigkeiten, die sich der jungen Lehre dabei in den Weg stellten, bestanden namentlich darin, daß der

---

22) Kormann S. 5 weist mit Recht darauf hin, daß in dieser Frage die Entwicklung vom Polizeistaat zum Rechtsstaat nicht ohne tiefgreifende Folgen geblieben sei.

23) Zuerst Baden 1863.

24) v. Hippel S. 112 und S. 82: Die Rechtsgeltung des fehlerhaften Aktes hängt von der Berechtigung ab, den Fehler geltend zu machen, die ihrerseits von historisch bedingten Rechtsregelungen abhängt.

allgemeine Teil des öffentlichen Rechts überhaupt noch kaum einer eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen war, so daß es also galt, Neuland zu erforschen. Der Ruhm, sich dieser Arbeit unterzogen zu haben, gebührt in erster Linie Karl Kormann, der in seinem „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“[25]) den bedeutsamen Versuch unternahm, „die Geschäftsmängel und die rechtlichen Schwebezustände“[26]) zu behandeln. Fast gleichzeitig[27]) hatte Walter Jellinek sein Werk „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen“ veröffentlicht, in dem er die Entstehung der Fehler unter psychologischen Gesichtspunkten untersuchte. Er meint, daß sich aus Wille, Wahrnehmung oder Gedanke die Fehler erklären ließen. Diese Untersuchung von Bewußtseinsvorgängen konnte jedoch nur einen begrenzten Vorstoß gestatten. Mit Recht hat man sich denn auch[28]) dagegen gewandt; denn beispielsweise spielt der Wille des einzelnen Beamten eine untergeordnete Rolle, dagegen sein rechtmäßiges oder unrechtmäßiges Verhalten eine ausschlaggebende. Demgegenüber kann das Kormannsche Buch als grundlegend für die ganze Lehre angesehen werden. Es behandelt so gut wie alle denkbaren Fehlerarten und versucht unter Heranziehung positiv-rechtlicher Bestimmungen und im Anschluß an die bestehende Literatur und Praxis, letztlich nach der Schwere der verletzten Norm die Fehlerfolgen festzustellen[29]). Als Gesichtspunkt, der für die Schwere ausschlaggebend sein soll, wird allenfalls die Rücksicht auf die Rechtssicherheit genannt, ohne daß jedoch untersucht würde, worin deren Notwendigkeit und wo ihre Schranken zu sehen sind. — Im Gegensatz zu dieser mehr formalistisch-positivistischen Richtung steht die teleologische v. Hippels. Nach seiner Ansicht soll die konkrete Wertlage dafür entscheidend sein, ob Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit die Folge eines Fehlers ist. Er stellt also auf den Einzelfall ab, wogegen mit Recht eingewandt worden ist, daß bei dem Mangel an verbindlichen Wertmaßstäben eine Gefahr für die Rechtssicherheit herbeigeführt würde. Gerade die Rechtssicherheit sei aber ein Wert, der jedenfalls zunächst Berücksichtigung verdiene, da das Leben immer wieder ähnliche Rechts-

---

[25]) Berlin 1910.

[26]) A. a. O. S. 203 ff.

[27]) Tübingen 1908.

[28]) So z. B. v. Hippel S. 36.

[29]) So die h. M. und auch noch Entw. Württ. S. 248.

lagen schaffe, deren gleichmäßige Beurteilung geboten sei[30]). Aus diesem Grunde ist die Auffassung v. Hippels, wenn sie auch in den Einzelfragen Anregungen gegeben hat, auf die Praxis und die übrige Verwaltungsrechtslehre ohne tieferen Einfluß gewesen.

Weiter ist kurz auf die Auffassung der Wiener Schule (Kelsen, Merkl) hinzuweisen, die von der sog. reinen Rechtslehre her an die Probleme herangeht. Dabei kommt sie zu dem wenig befriedigenden Ergebnis, daß mangels anderslautender gesetzlicher Vorschriften jeder fehlerhafte Akt deshalb nichtig sei, weil weder die Rechtstheorie noch die Praxis befugt seien, Lücken auszufüllen, die der Gesetzgeber gelassen habe. Habe der Gesetzgeber bestimmte Formen oder dergleichen vorgeschrieben, so sei deren Nichtbeachtung ein Verstoß gegen den Willen der höheren Stufe der Rechtserzeugung; der fehlerhafte Akt der unteren Stufe entbehre daher der Sanktion der höheren und sei infolge der Abhängigkeit der beiden nichtig[31]). Diese Auffassung, mag sie logisch noch so gut begründet sein, stellt eine lebens- und damit auch rechtsfremde Abstraktion dar. Denn schon die einfache Ueberlegung, daß der Gesetzgeber sich bei Erlaß eines Gesetzes nicht alle Folgen und den Gang der Entwicklung vorstellen kann, führt zur Bejahung von Auslegung und Analogie. Darüber hinaus läßt der Gesetzgeber der Praxis und Lehre sogar häufig ganz bewußt Fragen zur eigenen Rechtsfindung offen. Hier beginnt dann erst das Problem, zu dem die Wiener Schule mit ihrer Methode überhaupt nicht vordringt. So kann denn auch die Kelsen-Merklsche Auffassung keinerlei Anspruch darauf erheben, die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt gefördert zu haben. Auf die Rechtswirklichkeit hat sie keinen Einfluß haben können.

Erwähnt sei noch die rechtsvergleichende Arbeit Poul Andersens „Ungültige Verwaltungsakte", der die deutsche, französische und nordische Auffassung der Lehre einander gegenüberstellt.

Eine besondere Bedeutung kommt der 1931 entstandenen Begründung zu dem Entwurf einer Verwaltungs-

---

30) Aehnlich Manigk im Handwörterbuch d. Rechtswiss. Bd. VI, S. 310.

31) Vgl. Kelsen: Ueber Staatsunrecht, in: Grünhuts Zeitschr. Bd. 40, S. 55 ff. und zur „Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft" in: Arch. ö. R. 31, S. 217, sowie Merkl: Allgem. Verw. Recht 1927, S. 191 ff. wo es heißt, daß die Gehorsamspflicht gegenüber einem fehlerhaften Akt der positivrechtlichen Statuierung bedarf (199).

rechtsordnung für Württemberg zu, die ihre Ergänzung in einer dritten Lesung im Jahre 1936 erhalten hat. Hier werden gewissermaßen abschließend die Folgerungen aus den bis jetzt erreichten Erkenntnissen gezogen. Maßgebend für die Festsetzung der Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten ist nach der Begründung[32]) die Abwägung der Bedürfnisse und der rechtlichen Stellung der öffentlichen Gewalt einerseits, die Interessen des einzelnen andererseits unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Anforderungen der Rechtssicherheit.

---

[32]) S. 264.

# Zweiter Hauptteil.

## Die einzelnen Fehler und ihre Folgen.

### Kapitel I: Die Mängel in Form, Verfahren und Zuständigkeit.

Bei der Beurteilung der Frage, welche Folge eine Fehlerhaftigkeit hat, die auf einem Mangel in Form, Verfahren oder Zuständigkeit beruht, bedarf es zunächst einer Feststellung darüber, welchen Zwecken die hierüber erlassenen Vorschriften dienen sollen. Allgemein läßt sich sagen, daß sie bestimmt sind, Sicherungsfunktionen auszuüben. So dient die Schriftform der dauerhaften und für alle Beteiligten gleichmäßigen Festlegung des Aktinhalts [1]). Sowohl die Behörde als der Betroffene sollen sich diesen ständig vergegenwärtigen können, um sich danach bei der Durchführung des Aktes, bei der Rechtsmitteleinlegung usw. richten zu können. Ferner soll die erlassende Behörde gezwungen werden, sich die Bedeutung des Aktes, insbesondere seine Folgen, vorzustellen. Gerade dann, wenn man als Regel ebenso wie im bürgerlichen Recht die Formlosigkeit ansieht [2]), ergibt sich aus der gesetzlichen Forderung nach Einhaltung einer Form die deutliche Absicht des Gesetzgebers, diese Gattung von Akten in besonderem Maße vor Unbestimmtheit oder anderen Fehlern zu schützen. Es wird sich also um Akte handeln, die das Gesetz für besonders wesentlich und daher für besonders schutzbedürftig gehalten hat. Bei Nichteinhaltung dieser Normen besteht nach der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Auffassung die Gefahr, daß der Akt nicht mit der nötigen Sorgfalt erlassen wird. Eine solche Gefahr besteht sowohl im Hinblick auf den Betroffenen, der durch den Akt zu Unrecht belastet werden kann, als auch bei einem begünstigenden für die Behörde als Sachwalterin allgemeiner Belange, z. B. bei einer ungerechtfertigten Steuerstundung.

---

1) Andersen S. 117.

2) So Kormann S. 175; Andersen S. 114; OVG. in Pr. Verw. Bl. 25, S. 578; Bd. 51, S. 156; Bd. 47, S. 394.

Derartige Vorkommnisse würden aber das Vertrauen in den ordnungsmäßigen Gang der Verwaltung und damit in die Rechtssicherheit aufs Schwerste erschüttern[3]). Die Form-, Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften dienen darum letztlich der Aufrechterhaltung dieses Vertrauens in die sorgfältige und alle Gesichtspunkte abwägende Bearbeitung der einzelnen Sache. Ihre Mißachtung kann dagegen zu einer ideellen und unter Umständen auch materiellen Schädigung führen. Derartige Verstöße sind also Fehler im Sinne dieser Untersuchung. Die Fehlerfolgen sind entsprechend der unterschiedlichen Bedeutung dieser Normen nicht immer die gleichen.

### § 1. Formmängel[4]).

Für sie ist Voraussetzung, daß das Gesetz entgegen der auch im Verwaltungsrecht herrschenden Formlosigkeit eine besondere Form vorschreibt und diese nicht gewahrt worden ist. Nicht ausreichend ist eine Formvorschrift in einer internen Verwaltungsverordnung. Denn dann hat der Gesetzgeber die in der Form liegende Sicherung nicht für unbedingt notwendig erachtet, sondern sich damit begnügt, der Behörde bestimmte Richtlinien an die Hand zu geben, deren Nichteinhaltung aber keine nach außen hin wirkende Folge haben soll[5]). Ein gegen Verwaltungsverordnungen verstoßender Akt ist jedenfalls aus diesem Grunde nicht so fehlerhaft, daß seine Wirksamkeit deswegen in Zweifel gezogen werden könnte. Das gleiche gilt auch für Instruktionsvorschriften innerhalb der Gesetze oder Rechtsverordnungen, die meist als Soll-Vorschriften gekennzeichnet sind.

Unter der großen Zahl von Formvorschriften können hier nur die wichtigsten Gruppen Berücksichtigung finden.

---

3) So der Runderlaß d. RuPrMdI. vom 5. 10. 36 in: RMBliV. S. 1326: „Die berechtigte Abneigung der gegenwärtigen Zeit gegen jeden überflüssigen „Formalismus‘ ist nicht gleichbedeutend mit der Verneinung der Notwendigkeit jeglicher Formvorschriften. Im Verfahrensrecht sind Formvorschriften nicht nur nicht zu entbehren, sondern sie bilden gerade jenen festen und unverrückbaren Rahmen der Rechtssicherheit und Stetigkeit, innerhalb dessen einer volks- und zeitnahen materiellen Entscheidung um so freierer Spielraum gelassen werden kann. Die Verletzung wesentlicher Formvorschriften kann das ganze Verfahren unwirksam machen.“

4) Kormann S. 260 ff; Jellinek S. 269 f; Riemer: Der gegenwärtige Stand der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt S. 17.

5) Nicht klar genug OVG., wenn es von „vorgeschriebener“ (Bd. 81, S. 272) oder „vorgesehener Form“ (97, S. 99) spricht; ebensowenig die Formulierung „wesentliche Formschrift“, wie z. B. Bayr. Ob. LG. in Reger Bd. 52, S. 289.

a) Die Schriftform[6]).

Die schlichteste Form, die für einen Verwaltungsakt vorgeschrieben sein kann, ist die Schriftform. Maßgebend dafür, ob diese Form beachtet worden ist, ist nicht allein die Tatsache, daß sich eine Ausfertigung des Aktes[7]) in der Hand des Adressaten befindet. Dazu gehört vielmehr auch, daß ein vertretungsberechtigter Beamter den Akt unterzeichnet hat[8]) und daß der Akt nach außen hin als der Willensausdruck einer Behörde für den Betroffenen erscheint[9]). Nur dann ist die Schriftform gewahrt. Sie bedeutet also mehr als nur die schriftliche Niederlegung des Verwaltungsaktes. Der Akt muß dem Betroffenen vielmehr Aufschluß darüber geben, daß eine Behörde etwas von ihm fordert oder ihm etwas gewährt und welche Behörde dies ist. Daraus ergibt sich für ihn erst die Möglichkeit, gegebenenfalls bei der richtigen Stelle vorstellig zu werden, Beschwerde einzulegen etc. Aus der Unterschrift des zuständigen Beamten kann er auch entnehmen, daß seine vielleicht erhobenen Einwendungen auch wirklich zur Kenntnis und Nachprüfung der maßgebenden Stelle gelangt sind[10]).

Ist die Schriftform vom Gesetzgeber zwingend gefordert[11]), so ist ein Verstoß dagegen als Fehler anzusehen, der die Nichtigkeit des Aktes zur Folge hat[12]). Denn wenn der Gesetzgeber in Abweichung von der Regel eine bestimmte Form fordert, die gerade bei von ihm für besonders bedeutungsvoll gehaltenen Akten beachtet werden soll, so stellt ein Verstoß dagegen keine gewöhnliche Gesetzesverletzung dar, deren Folge allenfalls Vernichtbarkeit des Aktes sein könnte, sondern hier bindet er das Bestehen des Aktes an darüber hinausreichende Voraussetzungen, die der Rechtssicherheit die-

---

6) Beispiele bei Kormann S. 266/67.

7) Deren Text allein maßgebend ist, OVG. 84, 299.

8) So richtig Ziser in Verw. Arch. Bd. 39, S. 260.

9) Andersen S. 139; v. Köhler S. 179.

10) OVG. 84, 299.

11) So z. B. § 23 der Paßbekanntmachung vom 4. 6. 24, RGBl. I, S. 613, wo als Ungültigkeitsgründe erwähnt sind: Fehlen der Angabe der ausstellenden Behörde, Fehlen der Stempel derselben und fehlende Unterschrift des ausstellenden Beamten. — Vgl. auch OVG. 92, S. 99, wonach die Unterschrift des zuständigen Beamten auf der für den Beschwerdeführer bestimmten Ausfertigung genügt.

12) Ebenso OVG. 84, S. 299 u. auch schon 47, S. 393 (ständige Rechtsprechung).

nen sollen[13]). Wenn der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Zieles die Schriftform fordert, dann kann das Fehlen dieser Form infolge der allgemeinen Bedeutung, die der Erhaltung der Rechtssicherheit zukommt, nur die Nichtigkeit des Aktes zur Folge haben.

b) Die Bekanntmachung.

Aus den gleichen Erwägungen heraus ist ein Akt nichtig, der entgegen zwingenden Bestimmungen nicht oder nicht gehörig bekannt gemacht worden ist[14]). Die Bekanntmachung dient ähnlichen Zwecken wie die Schriftform. Es tritt hinzu, daß der deutsch-rechtliche Publizitätsgedanke hierin seinen Niederschlag gefunden hat. Verwaltungsangelegenheiten, die einen größeren und nicht fest bestimmbaren Kreis von Personen angehen, sollen häufig von der Verwaltung diesem Personenkreis in ortsüblicher Weise zur Kenntnis gebracht werden.

So ist z. B. nach § 57 pr. Zust. Ges. die beabsichtigte Einziehung eines Weges von der Wege-Polizeibehörde mit der Aufforderung, binnen vier Wochen Einsprüche geltend zu machen, in dreifacher Weise zu veröffentlichen. Die Beobachtung dieser Form wird vom OVG.[15]) für so „wesentlich" angesehen, daß eine Verletzung den Einziehungsbeschluß und die Einziehung selbst rechtswidrig machen würde.

Nach § 3 Abs. 6 des Ausführungsgesetzes zum Viehseuchengesetz (GS. 1911 S. 149) hängt die Gültigkeit der Anordnung von ihrer Bekanntmachung ab. Andernfalls ist Nichtigkeit des Aktes und Straflosigkeit bei Nichtbefolgung das Ergebnis[16]).

Richtet sich aber der Akt an eine oder eine Mehrzahl bestimmter Personen, so genügt die Bekanntmachung nicht; sie bietet keine Gewähr dafür, daß der Betroffene tatsächlich Kenntnis von dem in dem Verwaltungsakt verkörperten Staatswillen erhält. Erst dann aber können Rechtsfolgen für den Betroffenen eintreten. Demnach kann in einem solchen Falle mangels besonderer Vorschrift die öffentliche Bekanntmachung nicht als hinreichend angesehen werden[17]) oder doch nur dann, wenn feststeht, daß die Beteiligten infolge der Bekanntmachung Kenntnis von dem Verwaltungs-

---

[13]) Vgl. Herrfahrdt: Revolution und Rechtswissenschaft S. 19 ff. (Inhaltswert und Formwert) und unten S. 101 f.

[14]) So auch v. Köhler S. 180.

[15]) OVG. in JW. 1936, S. 539/40.

[16]) KG. in Pr. Verw. Bl. 49, S. 138.

[17]) Sächs. OVG. in Reger Bd. 55, S. 282.

akt erlangt haben, was z. B. durch die Einlegung von Rechtsmitteln zum Ausdruck kommen kann. Gegenüber den übrigen Beteiligten ist er nichtig[18]).

c) Zustellung.

Die gleiche Wirkung hat das Unterlassen der Zustellung trotz zwingender Rechtsvorschrift[19]). Diese Form ist vom Gesetzgeber ebenfalls deswegen eingeführt worden, um eine Sicherheit dafür zu haben, daß der Beteiligte Kenntnis von dem Akt erhält. Ergibt sich jedoch aus dem Verhalten des Beteiligten, z. B. durch Befolgen des Aktes, daß dieser ihn erreicht hat, so wäre es ein übertriebener Formalismus, wenn man die Gültigkeit des Aktes wegen der fehlenden Zustellung in Zweifel ziehen wollte. Denn der Zweck der Zustellung: Kenntnis des Beteiligten, ist dann auch ohne Einhaltung der Form herbeigeführt worden. Der Eigenwert der Zustellungsvorschriften kann demgegenüber nicht so sehr ins Gewicht fallen.

d) Die Aushändigung.

Diese Form ist für solche Akte vorgesehen, die infolge ihrer besonderen staatspolitischen Bedeutung ein formalisierteres Verfahren notwendig machen. Es ist insbesondere die Einbürgerung[20]) und die Beamtenanstellung[21]). Erst mit der Aushändigung wird die Staatsangehörigkeit bezw. das Beamtenverhältnis begründet. Infolge der rechtsbegründenden Bedeutung, die die Aushändigung hier hat, ist also ein Verwaltungsakt, der diese Folgen ausspricht, ohne daß eine Urkunde ausgehändigt wird, nichtig. Das Deutsche Beamten-Gesetz führt zwar diesen Grund nicht als Nichtigkeitsfolge auf (§ 6). Es ergibt sich aber aus den Bestimmungen, die die Aushändigung verlangen[20])[21]), unmittelbar, daß diese Folgerung aus der Nichtaushändigung zu ziehen ist.

## § 2. Verfahrensmängel.

Auch bei der Frage nach der Wirkung von Verfahrensmängeln muß wieder geprüft werden, welchen Sinn diese Regelung des Verfahrens hat: offenbar den, eine inhaltliche Richtigkeit des zu erlassenden Aktes herbeizuführen. Die

---

18) Sächs. OVG. Bd. 39, S. 160. (Ein Fall der Teilunwirksamkeit).

19) So DBG. § 33 Abs. 2: Die Nichtigkeitserklärung ist zuzustellen.

20) § 16, I, Reichs- u. Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 7. 1913.

21) § 27 DBG. vom 26. 1. 1937.

Innehaltung der Verfahrensvorschriften dient also dazu, die rechte Entscheidung zu treffen und die Behörde davor zu schützen, durch Erlaß materiell unrichtiger Akte das Vertrauen in die ordnungsmäßige Tätigkeit der Verwaltung zu schwächen und damit ihrem Ansehen zu schaden. Ein Teil dieser Vorschriften soll weiter dem Beteiligten die Möglichkeit geben, selber auf das richtige Zustandekommen des Aktes hinzuwirken und damit den Erlaß eines fehlerhaften, ihn selbst vielleicht belastenden Aktes zu verhindern.

Während also der Zweck dieser Vorschriften die Herbeiführung materieller Richtigkeit ist, so ist doch dann, wenn diese ohne Beachtung der Verfahrensvorschriften erreicht worden ist, der so zustandegekommene Akt fehlerhaft, weil diese Vorschriften gerade durch ihre regelmäßige Anwendung der Rechtssicherheit dienen.

a) Oeffentlichkeit.

Sofern eine größere und unbestimmbare Anzahl von Personen an einem Verfahren interessiert ist, stellt das Gesetz häufig das Erfordernis auf, daß die Oeffentlichkeit an dem Verfahren teilhaben soll. Dies kann in zwei Formen geschehen [22]): entweder soll der Entwurf des Verwaltungsaktes, z. B. ein Fluchtlinienplan, „zu jedermanns Einsicht" offengelegt werden. Auf diese Weise soll interessierten Personen die Möglichkeit gegeben werden, sich zu dem zu erlassenden Verwaltungsakt zu äußern, um entweder seine Abänderung oder seine Zurückziehung zu veranlassen. Sie sollen also unmittelbar auf den Inhalt bezw. auf den Erlaß des Aktes Einfluß nehmen [23]).

Eine andere Form der Beteiligung der Oeffentlichkeit ist die, daß die Verhandlung in Gegenwart von einer unbestimmten Anzahl Personen vor sich geht.

Die Auffassungen darüber, ob als Folge des Außerachtlassens von bindenden Vorschriften, die eine von beiden Arten der Oeffentlichkeit anordnen, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit in Betracht kommen soll, ist in der bisherigen Lehre sehr umstritten [24]). Positiv geregelt ist die Frage in der LVO. für Thüringen § 131 Abs. 2 Ziff. 4. Danach gilt mangelnde Oeffentlichkeit als Rechtsbeschwerde-, also Anfechtungsgrund. Auch Entwurf Württ. Art. 48 Abs. 1

---

22) Vgl. Riemann a. a. O. S. 71.

23) Z. B. § 49 pr. Enteignungsgesetz und §§ 17, 25 GewO.

24) Für Anfechtbarkeit Kormann S. 399; Jellinek S. 262; Riemann S. 72; für Nichtigkeit Fleiner S. 203; v. Köhler S. 181.

Ziff. 6 will diesen Fehler nur als Zurücknahmegrund gelten lassen. Diese Auffassung ist als richtig zu betrachten. Ein Verwaltungsakt, der im übrigen in richtiger Form von zuständiger Stelle an den richtigen Adressaten gelangt ist, kann nicht regelmäßig deswegen, weil in dem Verfahren, das zu seinem Erlaß geführt hat, ein Fehler unterlaufen ist, als schlechthin nichtig angesehen werden. Die Staatsautorität, die in jedem Verwaltungsakt ihren Ausdruck findet, erfordert, daß fehlerhafte Verwaltungsakte allenfalls vernichtbar, aber nur unter ganz besonderen Umständen nichtig sind. Unter Berücksichtigung dessen wird ein Verwaltungsakt, der entgegen zwingenden Vorschriften ohne Beteiligung der Oeffentlichkeit vollzogen worden ist, trotzdem zunächst wirksam sein. Daß eine Fehlerhaftigkeit vorliegt, die u. U. die „richtige" Entscheidung verhindert hat, kann allerdings nicht in Zweifel gezogen werden. Vollwirksam ist der Akt also nicht, sondern es steht dem Beteiligten ebenso wie der Verwaltung das Recht zu, die Beseitigung des Aktes herbeizuführen. Insoweit verdient die ordnungsmäßige Durchführung des Verfahrens im Interesse der Rechtssicherheit Schutz.

b) Das rechtliche Gehör.

Vor der Entscheidung soll der Beteiligte gehört werden. Das ist ein alter deutscher Rechtssatz, der schon bei Johann Jakob Moser[25]) zu finden, aber noch sehr viel weiter zurückzuverfolgen ist[26]) und auch heute uneingeschränkt gilt. Wenn der einzelne durch einen Verwaltungsakt belastet werden soll, so ist es meist das Gesetz selbst, was dieses Erfordernis aufstellt. Aber auch wenn dies nicht ausdrücklich geschehen ist, wird man davon ausgehen können, daß es sich um einen allgemein wirksamen Grundsatz handelt, dessen Nichtbeachtung als Fehler anzusehen ist. Andererseits bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten, eine Abschwächung dadurch herbeizuführen, daß er das Erfordernis des rechtlichen Gehörs in eine Soll- oder Instruktionsvorschrift aufnimmt und dadurch der Geltendmachung durch den Betroffenen entzieht[27]). Andernfalls ist bei Außerachtlassung dieses Grund-

---

[25]) Moser: Von der Landeshoheit in Regierungssachen, S. 10.

[26]) Vgl. das deutsche Rechtssprichwort: „Eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede."

[27]) Nach § 33 Abs. 2 DBG. soll der Beamte vor der Nichtigkeitserklärung gehört werden. Die vom zuständigen Fachminister erlassene Erklärung ist endgültig.

satzes der Akt anfechtbar [28]), da dem Beteiligten Gelegenheit gegeben werden muß, Stellung zu nehmen. Die Verwaltung darf grundsätzlich niemandem etwas auferlegen, ohne ihn vorher gehört zu haben. Jedoch ist in den Fällen, wo der Betroffene noch die Möglichkeit hat, Gegenvorstellungen zu machen, wie insbesondere bei Polizei-Verfügungen, die vorherige Anhörung nicht unbedingt geboten. Jedenfalls darf der einzelne nicht den Eindruck gewinnen, daß die Verwaltung unter Hintansetzung dieser Grundsätze seine berechtigten Belange übergeht. Der einzelne ist als Glied der Gemeinschaft ihrer Achtung und ihres Schutzes wert; letztlich wird auch für ihn mitverwaltet, weil seine Interessen sich mit denen der Gemeinschaft weitgehend decken.

Allerdings darf das Erfordernis des rechtlichen Gehörs auch nicht überspannt werden. So hatte sich ein Oberverwaltungsgericht [29]) mit folgendem Fall zu befassen. Die Klägerin behauptete, die Auflösung einer Innung sei nichtig, weil sie vor Erlaß des Bescheides nicht gehört worden sei. Das Gericht stellte aber fest, daß die Klägerin im Rekursverfahren ausgiebig gehört worden ist. Es kam daher zu der Ueberzeugung, daß es ein übertriebener Formalismus sei, wenn man wegen dieses Verstoßes den Bescheid aufheben wolle. Wird also das rechtliche Gehör erst in der Beschwerdeinstanz gewährt und beläßt diese es trotzdem bei der ersten Entscheidung, so ist damit dem Erfordernis des rechtlichen Gehörs Genüge getan. Der Akt ist jedenfalls aus diesem Grunde nicht mehr anfechtbar.

c) Die Mitwirkung des Beteiligten.

Eine große Anzahl von Verwaltungsakten bedarf der Mitwirkung des Beteiligten (mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte) [30]). Diese Akte dürfen rechtmäßig nur auf rechtsgültigen Antrag oder mit Zustimmung des Beteiligten ergehen, andernfalls sie fehlerhaft sind. Die Bedeutung dieser Bestimmung liegt auf der Hand: der Beteiligte soll seinen Willen zum Ausdruck bringen, daß er den Erlaß eines Aktes begehrt oder mit ihm einverstanden ist. Dieser stärkste Ausdruck der Beteiligung des einzelnen an dem Erlaß von Verwaltungsakten ist nicht durch den im Verwaltungsakt zum Ausdruck gekommenen Staatswillen zu ersetzen; denn die

---

[28]) Jellinek: Gesetz usw. S. 243; Kormann S. 278, 401; Andersen S. 163.

[29]) Hamburger OVG. in RVBl. 1936 S. 345.

[30]) O. Mayer I, S. 98 „Verwaltungsakt auf Unterwerfung", dagegen Jellinek S. 252 „Zweiseitige Verwaltungsakte".

Uebereinstimmung der Willenserklärungen ist die gesetzliche Voraussetzung zur Wirksamkeit des Aktes. Ohne Mitwirkung des Beteiligten ist daher ein gültiger Akt nicht zustande gekommen, er ist nichtig[31]). So verlangt § 16 Abs. 1 RuStAG. die Aushändigung der Einbürgerungsurkunde an den Antragsteller. Ist aber gar kein Antrag gestellt, so kann auch keine dem Gesetz entsprechende Aushändigung erfolgen[32]). Auf diese Weise kann auch ein behördlicher Irrtum, der als solcher — wie wir sehen werden[33]) — für die Nichtigkeit oder Zurücknahme eines Aktes nicht in Betracht kommt, ausgeglichen werden. Es geht nicht an, daß auf diese Weise eine Person, die z. B. nicht die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einbürgerung oder Beamtenanstellung besitzt, bei Fehlen eines Antrages in diese Rechtsstellung auch nur zeitweise hineinkommt. Ist so weder dem einzelnen noch dem Staate der Bestand eines derartigen Aktes zuzumuten, so bleibt nur die Möglichkeit, ihn für nichtig zu halten[34]). Dagegen erscheint es im Falle nachträglicher Zustimmung angebracht, den fehlerhaften Akt als geheilt anzusehen.

d) Die Mitwirkung weiterer Behörden.

Des öfteren ist zum fehlerfreien Zustandekommen eines Aktes noch die Mitwirkung einer oder mehrerer weiterer Behörden oder Dienststellen, z. B. der Partei, erforderlich (Gesamtakt). So verlangt die Deutsche Gemeindeordnung[35]), daß vor Verleihung oder Aberkennung von Ehrenbürgerrechten und Ehrenbezeichnungen die Zustimmung des Beauftragten der NSDAP. erforderlich ist. Nach § 3 der

———

[31]) Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt S. 78 ff., Verw. Recht S. 252; Fleiner S. 204, Anm. 72; Drews I, S. 76; Riemann S. 74; Schack in Franks Dtsch. Verw. R. S. 336/37; OVG. in RVBl. 1936 S. 341; Bd. 78, S. 251 ff; Bd. 97, S. 99; zweifelhaft OVG. Bd. 81, S. 272; a. A. Kormann S. 275 ff; v. Hippel S. 111 ff, v. Köhler S. 185. Entw. Württ. S. 274 nimmt wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung nur Zurücknehmbarkeit an (Art. 48 Abs. 1, 4).

[32]) Vgl. oben S. 16 und Helmuth Volkmann: Irrtum u. Erschleichung bei der Einbürgerung S. 47.

[33]) Unten S. 32 ff.

[34]) Die Entlassung eines Beamten ohne seinen Antrag kann zwar zur Anfechtbarkeit, nicht aber zur Nichtigkeit führen, weil der Beamte sich sonst gewaltsam auf seinem Posten behaupten und Amtsfunktionen ausüben darf (v. Hippel S. 112/13).

[35]) DGemO. § 33.

Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. 2. 1934 (RGBl. I S. 85) wird die Zustimmung des RdJ. zur Verleihung der Staatsangehörigkeit gefordert. Sicher wird durch das Außerachtlassen dieser Bestimmungen ein Fehler herbeigeführt. Ob aber seine Folge Nichtigkeit ist, wie dies für beide Fälle gefordert wird[36]), bedarf der Prüfung. Der Sinn der Bestimmung liegt darin, daß ein inhaltlich einwandfreier Akt u. U. dann sicherer zustande kommt, wenn mehrere Behörden von verschiedenen Gesichtspunkten aus die Frage prüfen, ob der Akt erlassen werden soll oder nicht. Regelmäßig tritt aber nur eine Behörde dem Beteiligten gegenüber als die erlassende auf, also in obigen Beispielen der Bürgermeister oder der Reichsstatthalter. Gerade dann aber, wenn dem Beteiligten gegenüber, der gar nicht wissen kann, ob der Beauftragte der Partei oder der RdJ. mitgewirkt hat, der Akt von der zum Erlaß als solchem berechtigten Stelle zugeht, wäre es eine schwere Verletzung des Vertrauens, das der einzelne in die Akte der Verwaltung setzt, wenn man aus der fehlenden Zustimmung die Nichtigkeitsfolge herleiten wollte. Ist der Akt auch materiell fehlerhaft, so mag er aus diesem Grunde von der Verwaltung zurückgenommen werden. Diese Sicherung des durch die Verwaltung vertretenen Gemeinwohls ist ausreichend. Die Annahme der Nichtigkeit nimmt dagegen auf das durch die Verwaltung zu rechtfertigende Vertrauen des einzelnen keine gebührende Rücksicht[37]).

Auch im Falle eines belastenden Verwaltungsaktes wird der Betroffene formell gegen den Akt vorgehen, d. h. ihn an-

---

[36]) a) Küchenhoff-Berger: Dtsche. Gemeindeordnung S. 145, b) v. Köhler S. 181, der das Fehlen der Zustimmung unrichtigerweise als Formfehler betrachtet.

[37]) Wenn Hatschek S. 100 demgegenüber behauptet, daß in diesen Fällen der Vertrauensschutz unbegründet sei, weil der Staatsbürger die Rechtsordnung, die jenes Zusammenwirken vorschreibt, kennen müsse, so bleibt die Frage offen, warum der einzelne gerade diese Teile der Rechtsordnung kennen muß, andere dagegen nicht. Die Bestimmungen, die das Mitwirken einer weiteren Behörde vorschreiben, nehmen durchaus keine Sonderstellung ein. Die Annahme, daß der Betroffene gerade diese Vorschriften besser kennt als andere, ist durch nichts begründet. — Wie hier OVG. 81, S. 421 ff.: Mangelnde Beteiligung der Baupolizeibehörde im Verfahren über die Erteilung eines Baudispenses führt zur Aufhebung wegen wesentlichen Verfahrensmangels.

fechten können. Das Beispiel, das Jellinek[38]) anführt, wäre demnach heute anders zu entscheiden. Die Anfechtung wird in diesem Falle allerdings zur Beseitigung des Aktes mit rückwirkender Kraft führen[39]).

e) Die Begründung.

Häufig wird auch vom Gesetzgeber verlangt, daß Verwaltungsakte begründet werden. Das gilt namentlich für solche, die eine Belastung des Betroffenen aussprechen. Es handelt sich dabei um die schriftliche Begründung, die dem einzelnen darlegen soll, warum in diesem Fall die Entscheidung hat entsprechend getroffen werden müssen. Die Vorschrift dient also in besonderem Maße der Sicherung des Vertrauens, die gerade dann nötig ist, wenn der Betroffene eine Belastung erfährt. Ein Akt, der entgegen zwingender Vorschrift ohne Begründung erlassen wird, ist zwar zunächst als staatlicher Willensausdruck wirksam. Der einzelne kann sich auch damit abfinden, daß der Akt unbegründet geblieben ist. Er braucht es aber nicht, sondern kann durch Anfechtung die Beseitigung des fehlerhaften Aktes herbeiführen[40]). Es ist aber dann möglich, daß die Behörde selbst noch im Verwaltungsstreitverfahren die Begründung nachholt[41]).

## § 3. Die Zuständigkeit[42]).

Auch bei der Frage, welche Bedeutung ein Fehler gegen die Zuständigkeitsregelung haben soll, kann es weniger darauf ankommen festzustellen, ob es sich um örtliche oder sachliche Zuständigkeit handelt, oder ob eine oder beide Voraussetzungen entfallen[43]). Es wird vielmehr auch hier darauf ankommen festzustellen, in welcher Beziehung die Innehaltung der Zuständigkeitsbestimmungen in der Lage ist, zur Wahrung bestimmter Rechtswerte beizutragen[44]). Dabei ist zu

---

38) S. 274: Der preuß. MdJ. hatte einen Reg. Rat vorläufig seines Amtes enthoben und Gehaltskürzung ausgesprochen, wobei der Finanzminister hätte mitwirken müssen. Das RG. (Bd. 110, 103 ff.) entschied sich für Nichtigkeit.

39) Vgl. Art. 51, Abs. 2, Entw. Württ.

40) So LVO. f. Thür. § 131, Abs. 2,5.

41) OVG. Bd. 88, S. 305.

42) Vgl. Jellinek S. 274 ff.: Machtüberschreitung und die Diss. von Köbner: Staatsakt u. Zuständigkeit, 1935.

43) Aehnl. Köbner a. a. O. S. 93, der betont, daß die verschiedenen Arten der Unzuständigkeit nicht in so tiefgreifendem Gegensatz zueinander stünden, daß diese Scheidung unter allen Umständen zu einer ungleichen Behandlung beider führen müsse.

44) Vgl. Anm. 45, S. 23.

unterscheiden zwischen solchen Vorschriften, die eine durch die Kenntnis der örtlichen und sachlichen Bedingungen gewährleistete fehlerfreie Verwaltungstätigkeit ermöglichen sollen und solchen, die lediglich der ordnungsmäßigen Abwicklung der Geschäfte innerhalb der Verwaltung zu dienen bestimmt sind. Hier kommen nur die ersteren in Betracht.

Es ist davon auszugehen, daß der einzelne weiß, die Verwaltung ist kein einheitliches Ganzes, sondern eine in ihren Zuständigkeiten reich gegliederte Vielheit. Diese allgemeine Kenntnis ist vorauszusetzen; denn auch im Verwaltungsrecht kann weder mit einer überdurchschnittlichen Unkenntnis noch mit einem den Durchschnitt überragenden Wissen von Rechtsvorschriften auf Seiten des Beteiligten gerechnet werden. Das Vertrauen des einzelnen in die Gültigkeit eines begünstigenden Verwaltungsaktes kann also insoweit geschützt werden, als es bei Anlegung eines durchschnittlichen Maßstabes für die Kenntnis der Gliederung der Verwaltung begründet erscheint.

Im gleichen Umfange sind aber auch die Belange der Verwaltung zu berücksichtigen. Ein von einer unzuständigen Stelle erlassener begünstigender Akt ist daher auch von Seiten der Behörde als fehlerhaft angreifbar. Das Interesse an der sachlich richtigen Entscheidung kann nur dann gewahrt werden, wenn auch der allein zuständigen Stelle die Entscheidung vorbehalten bleibt. — Darüber hinaus kommt der Innehaltung der Zuständigkeitsregeln ein eigener Wert zu, der auf der Wahrung der Rechtssicherheit beruht. — Die Verwaltung kann einen Akt jedoch dann nicht als schlechthin nichtig ansehen, wenn der Begünstigte bei Berücksichtigung durchschnittlicher Kenntnis von der Gliederung der Verwaltung auf die Gültigkeit des Aktes vertrauen durfte [45].

---

45) Die namentlich vom OVG. viel verwendete Unterscheidung in absolute und relative Unzuständigkeit läßt die Frage offen, was als die eine oder die andere zu gelten hat, so z. B. OVG. Bd. 81, S. 272; 97, S. 99; aber Bayr. Oberstes LG. in RuPrVBl. Bd. 53, S. 289/90. — Zu einseitig ist die von v. Köhler S. 177 vertretene Ansicht, wonach der Satz gelten soll: Ohne Zuständigkeit keine Amtsgewalt, was regelmäßig die Nichtigkeit des Aktes zur Folge hätte. Nur aus praktischen Gründen soll eine Durchbrechung dieses Grundsatzes angebracht sein. v. Köhler übersieht, daß der einzelne die Zuständigkeitsregelung oft nicht kennt, und daß ihm gegenüber der unzuständige Beamte in der Regel als im Rahmen seiner Amtsgewalt tätig erscheint. Es fragt sich daher, wieweit aus Gründen des dem einzelnen zuzubilligenden Vertrauensschutzes der sich aus der Unzuständigkeit ergebende Fehler zurückzutreten hat oder nur zur Vernichtbarkeit führen kann.

Die nachfolgende Einteilung in sachliche und örtliche Zuständigkeit hat nach dem Gesagten nicht mehr die bisherige Bedeutung. Diese lag nach der häufig vertretenen Ansicht[46]) darin, daß an die sachliche Unzuständigkeit als Fehlerfolge die Nichtigkeit des Aktes, an die örtliche dagegen die Vernichtbarkeit geknüpft wurde. Wenn hier trotzdem noch zwischen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit unterschieden wird, so hat dies nur den Zweck, die notwendige Uebersicht zu wahren, zumal nicht verkannt werden soll, daß die Bedeutung der beiden Zuständigkeitsarten eine wesentlich verschiedene ist.

a) Die örtliche Zuständigkeit.

Die Notwendigkeit, die einzelnen Maßnahmen der Verwaltung von für einen bestimmten Bezirk (Amtssprengel) zuständigen Organen vornehmen zu lassen und die Schwierigkeit, in unklaren Fällen die örtliche Zuständigkeit zu bestimmen, sowie die menschliche Unzulänglichkeit, die zu Irrtümern bei der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit führt oder diese ganz unberücksichtigt läßt, ergeben die Voraussetzungen für das Vorkommen des Fehlers der örtlichen Unzuständigkeit.

Die örtliche Umgrenzung der Zuständigkeit dient, abgesehen davon, daß sie verwaltungstechnisch — zur Vermeidung von Doppelentscheidungen oder Unzuständigkeitserklärungen — notwendig ist, dem Ziele, eine Entscheidung herbeizuführen, die gerade durch die Kenntnis des Verwaltungsorgans von den örtlichen Gegebenheiten sachlich richtiger und zweckentsprechender ausfallen wird, als wenn sie aus der Entfernung getroffen würde. Die persönliche Verbundenheit zwischen Verwaltungsorgan und Bevölkerung kann sich so am günstigsten auswirken.

Zweifellos ist dem einzelnen bekannt, daß nur die Behörde vollgültige Akte erlassen kann, die örtlich zuständig ist, insbesondere, insofern es sich um unbewegliches Gut handelt. Der einzelne kann zwar durch Reisen und Wohnsitzwechsel oder auch durch die Begründung mehrerer Wohnsitze die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit erschweren und zu Zuständigkeitsfehlern Veranlassung geben. Fest steht sie dagegen bezüglich seines unbeweglichen Vermögens. Begeht daher die Verwaltung den Fehler, ihre örtliche Zuständigkeit inbezug auf ein Grundstück fälschlich anzunehmen, so ist der

---

[46]) So Kormann S. 247; Fleiner S. 203—05; Herrnritt S. 285; Koettgen S. 206.

Akt nichtig[47]). Das entsprechende Objekt liegt nicht im Bereich ihrer Zuständigkeit und wird auch nie dort liegen, es sei denn durch Veränderung der örtlichen Zuständigkeitsgrenzen. Das weiß der einzelne ebenso wie die Verwaltung, ein Vertrauensschutz kann daher nach keiner Seite hin in Betracht kommen. — Im übrigen erscheint jedoch nur die Annahme der Vernichtbarkeit als gerechtfertigte Fehlerfolge. Die hier besprochenen Fehler entstehen zum großen Teil durch die Veränderung des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsortes durch den Betroffenen[48]). Er muß dann damit rechnen, daß Akte, die dadurch unrichtig geworden sind, daß die Verwaltung fälschlich ihre örtliche Zuständigkeit angenommen hat, zurückgenommen werden, wenn sich ihre Fehlerhaftigkeit herausstellt[49]). Ebenso kann sich der einzelne gegen Akte, die er als in dieser Beziehung fehlerhaft erkennt, verwahren, d. h. sie anfechten[50]). Es bleibt daher vollkommen in das Belieben der Verwaltung und des Betroffenen gestellt, ob sie sich gegen einen solchen Akt wenden wollen oder nicht. Richtig ist, was v. Hippel[51]) bezüglich des begünstigenden Aktes sagt. Er meint, daß die Verwaltung solche Akte tunlichst nicht zurücknehmen sollte, wenn dadurch eine „sinnlose Güterzerstörung" eintreten würde. Dieser Gedanke gilt für die Ausübung des Zurücknahmerechts überhaupt. Das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung von Werten darf durch die Verwaltung, die ja selbst Wahrerin dieser Interessen sein soll, nicht aus formalen Gründen verletzt werden. Andererseits kann ihr das Recht der Zurücknahme in Fällen, wo gerade diese Interessen die Beseitigung erforderlich machen, im Rahmen der Ausübung pflichtmäßigen Ermessens nicht genommen werden.

b) Die sachliche Zuständigkeit.

Die vielfachen der Verwaltung obliegenden Aufgaben ergeben naturgemäß eine reiche Gliederung in sachliche Zuständigkeiten. Hier liegt der Schwerpunkt auf der fach-

---

47) Ebenso Kormann S. 247 und Art. 36, Abs. 1 Entw. Württ.

48) Häufige Fälle in der Praxis: Verlegung des Unterstützungswohnsitzes; Ausstellung eines Wandergewerbescheines durch eine örtlich unzuständige Stelle.

49) So auch Entw. Württ. Art. 36, Abs. 2; 48, I, Ziff. 3.

50) Anders § 131, Abs. 3 LVO. f. Thür., die die örtliche Unzuständigkeit als Rechtsbeschwerdegrund ausschließt.

51) v. Hippel, S. 120.

lich richtigen Erfüllung der von der Führung gestellten Aufgaben. Die inhaltliche Richtigkeit des Aktes wird daher noch mehr als von der örtlichen Zuständigkeit von der sachlichen abhängen. Deshalb ist die h. M. und ihr folgend auch die Rechtsprechung zu der Ueberzeugung gelangt, daß die sog. absolute sachliche Unzuständigkeit ohne weiteres zur Nichtigkeit des Aktes führen müsse. Dieser formalisierende Standpunkt kann nicht gebilligt werden. Die mindestens einstweilige Aufrechterhaltung von Akten, die unter Verstoß gegen die sachlichen Zuständigkeitsregeln zustande gekommen sind, kann vielmehr aus Gründen des allgemeinen Wohls wie des Vertrauensschutzes notwendig erscheinen.

aa) Grundsätzlich gültig sind zunächst die Akte eines unzuständigen Beamten oder einer unzuständigen Abteilung, wenn nur die Behörde im übrigen örtlich und sachlich zuständig ist. Das ergibt sich daraus, daß der einzelne es im allgemeinen mit der Behörde als solcher zu tun hat und regelmäßig gar nicht in der Lage ist zu erkennen, ob im Innenverhältnis der Behörde alles vorschriftsmäßig zugegangen ist. Das Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit des behördlichen Betriebes müßte erschüttert werden, wenn dem Betroffenen vielleicht nach Jahr und Tag eröffnet würde, daß der Akt aus einem solchen Grunde nichtig sei oder zurückgenommen werde [52]).

Anders ist die Lage allerdings dann, wenn der einzelne bei Zugrundelegung durchschnittlicher Kenntnisse aus dem Akt entnehmen mußte, daß er von einem unzuständigen Beamten oder einer unzuständigen Abteilung ergangen ist. Das gilt z. B. für den Fall, daß der Oberbürgermeister als Jugendamt statt als Vollstreckungsbehörde eine vollstreckbare Bescheinigung bezüglich nicht bezahlter Steuern erteilt und das Jugendamt auch sonst als erlassende Stelle erscheint. Beide Stellen gehören einer einheitlichen Behörde „Der Oberbürgermeister" an. Es hat aber, für jeden erkennbar, eine falsche Abteilung den Akt erlassen: er kann daher sowohl zurückgenommen wie angefochten werden [53]). Die Behörde kann die Gewähr für die Richtigkeit des Aktes nur dann übernehmen, wenn auch die sachlich zuständige Abteilung den Akt erläßt, und der einzelne kann auch verlangen, daß ihm gegenüber die richtige Abteilung tätig wird. Die Grenze ist also da zu ziehen, wo sich aus dem Akt selbst ergibt, daß ein unzuständiger Beamter oder eine unzuständige Ab-

---

52) Wie hier Metz: Zur Frage der fehlerhaften Verwaltungsakte in: Steuer und Wirtschaft, Jg. 14 (1935), Sp. 436/37.

53) Metz a. a. O., S. 439 entscheidet sich für Nichtigkeit.

Falle wird man dann, wenn es sich um einen klaren Verstoß teilung tätig geworden ist. Das wird jedoch nur ausnahmsweise der Fall sein.

bb) Deutlicher tritt der Fehler dann in die Erscheinung, wenn eine Behörde den Akt erläßt, die unter gar keinen Umständen dazu befugt ist, also z. B. der Einkommensteuerbescheid des Landrats [54]). Die Kenntnis des einzelnen von den Grundzügen der ressortmäßigen Verteilung der Verwaltungsgeschäfte darf unterstellt werden. Derartigen Verstößen gegenüber kann nicht der Einwand durchgreifen, sein Vertrauen in die Gültigkeit des Aktes müsse geschützt werden. Im Interesse der Sicherung ordnungsmäßiger Verwaltungstätigkeit ist die Fehlerhaftigkeit solcher Akte in vollem Umfange zu bejahen. Die Allgemeinheit hat das größte Interesse daran, daß durch sachkundige Stellen die Entscheidung getroffen wird. Auch der Betroffene kann bei einem belastenden Akt kein Interesse daran haben, daß dieser, trotzdem er von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen ist, aufrechterhalten wird. Ein solcher Akt ist darum nichtig. Handelt es sich um einen begünstigenden Akt, so muß der Betroffene es sich mit Rücksicht auf den Rechtssicherheitswert, der in der Zuständigkeitsregelung enthalten ist, gefallen lassen, daß der Akt zurückgenommen wird [55]). Denn bei der Bedeutung, die die sachliche Zuständigkeit für den Erlaß des Verwaltungsaktes hat, muß die Beseitigung für die Behörde möglich sein. Wenn z. B. eine Straßenbaupolizeibehörde die Erlaubnis zum Bau eines Hauses erteilt, so ist sie dazu zwar nicht befugt. Dem Begünstigten wird dies indessen nicht ohne weiteres bekannt sein. Ein solcher Akt wird daher von der Behörde zurückgenommen werden können. Nur in ganz groben Fällen (Steuererlaßbescheid der Polizeiverwaltung) wird dagegen auch ein begünstigender Akt als nichtig anzusehen sein, weil dann die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes entfallen.

cc) Eine weitere Art sachlicher Unzuständigkeit liegt dann vor, wenn eine unzuständige Instanz einer an sich zuständigen Behörde den Verwaltungsakt erläßt. In diesem

---

54) Z. B. auch die Konzessionierung eines Bahnhofsrestaurants durch die Eisenbahnverwaltung. Entw. Württ. S. 232.

55) So auch Bad. VO. vom 31. 8. 1884, § 43, Ziff. 2; RAO. § 96, Abs. 1, Ziff. 1; LVO. f. Thür. § 142, Abs. 1, Ziff. 2 und § 143 Ziff. 1. Für Nichtigkeit bei sachlicher Zuständigkeit überhaupt Entw. Württ. Art. 35; v. Köhler S. 177. — DBG. § 32, Abs. 3, Ziff. 1: Die Ernennung kann bei sachlicher Unzuständigkeit für nichtig erklärt werden.

gegen die Grundzüge des Behördenaufbaus handelt, aus Rechtssicherheitsgründen Nichtigkeit als Fehlerfolge annehmen müssen[56]). Im übrigen wird man der Behörde die Zurücknahme derartiger belastender Akte zur Pflicht zu machen haben. In für den einzelnen unklaren Fällen begünstigender Akte wird ebenfalls Zurücknahmerecht der Behörde gegeben sein.

## Kapitel II: Die Mängel in der Person des Staatsorgans.

Weitere Gründe, die zur Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes führen, können sich aus der bestimmten Persönlichkeit des Beamten, der den Akt erlassen hat, ergeben. Diese Fehler können einmal darauf beruhen, daß die als „Beamter" erscheinende Person diese Eigenschaft nicht besitzt oder sie nicht rechtmäßig erworben hat, was gerade im Ablauf einer Revolution sehr zweifelhaft sein kann. Ferner kann der Beamte in seinen geistigen Fähigkeiten versagen, auch einem Irrtum zum Opfer fallen. Diese Fehler beruhen auf der persönlichen Eigenart des einzelnen Beamten: sie sollen daher, unter diesem Gesichtspunkt zusammengefaßt, im folgenden behandelt werden. Allerdings können sie deswegen meist nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, weil die Person des Beamten weitgehend hinter sein Amt zurücktritt.

### § 1. Der Nichtbeamte.

Daß in Fällen von Amtsanmaßung, abgesehen von Vorgängen revolutionären Charakters, den von solchen Personen erlassenen Akten keine irgendwie geartete Bedeutung zukommt, ist schon immer rechtens gewesen; denn der Staat hat zu keiner Zeit einen Akt als den seinen anerkennen können, der von einem „Beamten" erlassen worden ist, ohne daß der Staat seine Tätigkeit auch nur geduldet hat. Der Staat kann sich selbst dann, wenn ein einzelner durch einen solchen Akt einer Nicht-Behörde getäuscht worden ist und darauf vertraut hat, nicht darauf einlassen, solche Akte als die seinen anzuerkennen[57]); denn er steht nicht hinter dem Akt. Es handelt sich vielmehr um einen Nichtverwaltungsakt, dessen Unwirksamkeit auch gar nicht festgestellt zu werden braucht.

---

[56]) Aehnl. Metz a. a. O. Sp. 461 und Giese S. 99, der als Beispiel den Steuerbescheid des Finanzministers erwähnt.

[57]) Der Fall des § 1319 BGB. ist mit Recht immer als Ausnahmeregelung angesehen worden, z. B. von Jellinek S. 272. Im übrigen gilt der Grundsatz der §§ 76, 77, II, 10 ALR., wonach solche Akte „unkräftig" sind; ebenso auch Entw. Württ. S. 275.

Das gleiche gilt für „Akte", die im Scherz von Privatpersonen „erlassen" werden.

### § 2. Der nicht oder nicht ordentlich ernannte Beamte.

Wie ist der Fall zu behandeln, daß ein „Beamter", ohne rechtsgültig ernannt zu sein [58]), Akte erläßt, die von jedem Dritten als Akte der Verwaltung angesehen werden müssen, weil der „Beamte" im Rahmen der Behörde unter Duldung seiner Vorgesetzten tätig geworden ist? Die Frage, ob aus derartigen Mängeln auch auf die Fehlerhaftigkeit der Akte geschlossen werden muß, die von diesem Beamten erlassen worden sind, hat durch das Deutsche Beamtengesetz zum Teil eine positivrechtliche Beantwortung erfahren. § 34 des Gesetzes lautet: „Ist eine Ernennung nichtig oder für nichtig erklärt, so sind die bis zum Verbot (§ 33 Abs. 1) oder bis zur Zustellung der Entscheidung über die Nichtigkeit vorgenommenen Amtshandlungen des Ernannten in der gleichen Weise gültig wie die eines Beamten [59]). Also dann, wenn die Ernennung auch ohne Nichtigkeitserklärung von Anfang an nichtig war, gelten die Akte des Betreffenden als gültig [60]). Sie können also aus diesem Grunde weder von der Verwaltung zurückgenommen noch vom Betroffenen angefochten werden. Das gleiche wird auch für den Fall zu gelten haben, daß keine Ernennung vorliegt, der „Beamte" aber trotzdem als solcher tätig wird, es sei denn, daß es sich um einen Fall offenbarer Amtsanmaßung [61]) handelt. Wenn also der Staat die Tätigkeit eines Scheinbeamten duldet, so kann der einzelne jedenfalls darauf vertrauen, daß ihm daraus kein Nachteil durch eine spätere Zurücknahme erwächst. Das rechtfertigt sich auch deshalb, weil der einzelne sich im allgemeinen nicht den Beamten aussuchen kann, der den ihn betreffenden Akt erläßt. Im übrigen wird auch das Interesse des Staates an einer Beseitigung der von dem Scheinbeamten erlassenen Akte meist nur gering sein, weil die Ungültigkeit der Ernennung bezw. die fehlende Ernennung nur in den seltensten Fällen Einfluß auf die von dem Scheinbeamten erlassenen Akte gehabt haben wird. Hierfür käme daher eine entsprechende Anwendung des § 34 DBG. in Betracht.

---

58) Insbes. ohne Ernennungsurkunde gem. § 27 DBG.

59) Diese Regelung ist ein Beweis dafür, wie sehr der nationalsozialistische Staat auf die Erhaltung der Rechtssicherheit Wert legt.

60) Also nicht nur Vertrauensschutz wie in § 122 BGB.

61) Vgl. oben § 1.

### § 3. Insbesondere während revolutionärer Verhältnisse[62]).

Die Revolutionen von 1918 und von 1933 haben gerade in Deutschland die Frage aufgeworfen, unter welchen Umständen Akte von Revolutionsorganen rechtlich wirksam oder unwirksam sind.

In der Revolution von 1918 waren es namentlich die Arbeiter- und Soldatenräte, die zum Teil selbstherrlich in die Exekutive eingriffen und Akte erließen, die zur ausschließlichen Zuständigkeit staatlicher Organe gehörten. Die A- und S-Räte waren großenteils der Meinung, daß ihnen nicht nur Kontrollbefugnisse zustanden, sondern daß sie selbst entweder unmittelbar oder mittelbar durch den bestehen gebliebenen Verwaltungsapparat zur Vollziehung berufen seien[63]). Hatten sie so unter Duldung der Behörden oder auf Anweisung der Zentralregierungen selbst die Exekutive in der Hand, so sind ihre Akte, soweit sie sich aus den allgemeinen Aufgaben der A- und S-Räte ergeben[64]), vollwirksam. Der einzelne hatte sich danach zu richten. Widerstand wäre mit Rücksicht darauf, daß sich die revolutionäre Regierung, als dessen Organe sie tätig wurden, „durch die normative Kraft des Faktischen legimitiert" hatte (Jellinek), rechtswidrig gewesen[65]).

Andererseits wären belastende Verwaltungsakte von A- und S-Räten, die lediglich Kontrollbefugnisse hatten, als nichtig anzusehen. Der einzelne brauchte Akten von Personen, die sich in revolutionärem Uebereifer zur Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse verleiten ließen, keine Folge zu leisten.

Dagegen werden begünstigende Akte unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als zurücknehmbar angesehen werden müssen. Eine Steuerstundung durch ein rechtswidrig handelndes Revolutionsorgan wäre z. B. dann zurück-

---

62) Vgl. insbes. Herrfahrdt: Revolution u. Rechtswissenschaft.

63) Herrfahrdt a. a. O. S. 135 ff.

64) Herrfahrdt a. a. O. S. 141; insbes. Sicherung der revolutionären Errungenschaften und Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung.

65) So z. B. Sächs. OVG. 27, S. 69: „Nachdem durch die Revolution die bisherige Regierung beseitigt worden war, hatte sich in Sachsen eine neue Regierung gebildet. Diese hat die tatsächliche Herrschaft längere Zeit hindurch ausgeübt, so daß ihre Anordnungen als rechtsverbindlich anerkannt werden müssen."

nehmbar, wenn der Akt nach allgemeinen Grundsätzen nicht oder nicht, wie geschehen, hätte erlassen werden dürfen. Insoweit wäre dann den staatlichen Belangen Rechnung zu tragen.

Aehnlich sind auch die Vorgänge zu beurteilen, die sich auf diesem Gebiet im Verlaufe der nationalen Erhebung abgespielt haben.

Hier sind es im wesentlichen drei Gruppen gewesen, die neben oder unter Ausschaltung der ordentlichen Verwaltungsbehörden Exekutivmaßnahmen vorgenommen haben. Das sind die Verbände (SA.[66]) und SS.), die namentlich in der ersten Zeit für die machtmäßige Durchsetzung des Nationalsozialismus zu sorgen hatten; weiter die Komissare, die Zwecken der Gleichschaltung oder der Ersetzung beschlußunfähiger Körperschaften dienen sollten, und schließlich die Vertreter ständischer Organisationen (NS.-Hago), die den ständischen Aufbau durchführen wollten.

Die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen dieser Organe kann soweit nicht zweifelhaft sein, als sie auf rechtsgültiger Ermächtigung beruhten. Im übrigen werden belastende Akte nichtig und begünstigende zurücknehmbar sein. Der einzelne, der in revolutionären Zeiten nicht übersehen kann, wer rechtmäßig oder unrechtmäßig die tatsächliche Gewalt ausübt, verdient insofern Schutz.

### § 4. Geistiges Versagen des Beamten.

Es kann der Fall eintreten, daß ein Beamter zwar geistesschwach oder sogar geisteskrank ist, aber trotzdem noch sein Amt versieht. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Die Voraussetzungen zur Entmündigung haben bereits bei seiner Ernennung vorgelegen und diese ist deswegen gemäß § 32 Abs. 3,2 DGB. für nichtig erklärt worden. Dann bestimmt § 34, daß die bis zum Verbot der Amtsausübung (§ 33 Abs. 1) oder bis zur Zustellung der Entscheidung über die Nichtigkeit vorgenommenen Amtshandlungen des Ernannten in der gleichen Weise gültig sind wie die eines Beamten.

b) Die Voraussetzungen zur Entmündigung haben sich erst nach seiner Ernennung ergeben. Eine Nichtigkeitserklärung der Ernennung scheidet dann aus; aber bezüglich seiner Amtshandlungen muß das gleiche gelten wie unter a). Auch

---

66) In Preußen waren SA.-Vertrauensleute bei den Regierungsstellen vorgesehen, die anregend und beratend tätig sein sollten. Direkte Eingriffe waren ihnen untersagt (MBliV. I, 1933 S. 1303).

hier ist das Vertrauen des einzelnen und der Verwaltung in den Bestand der Akte zu schützen. Nur dann, wenn ein Akt unsinnig[67]) ist, ergibt sich daraus ein Grund, ihn zu beseitigen. Ein selbständiger Vernichtbarkeitsgrund liegt jedenfalls in dem geistigen Versagen des Beamten nicht[68]). Dieses muß vielmehr zu einem Inhaltsmangel geführt haben, und deswegen ist dann seine Beseitigung u. U. geboten[69]). Im übrigen tritt der Beamte hinter sein Amt zurück.

## § 5. Der behördliche Irrtum[70]).

Der Beamte ist in seiner amtlichen Eigenschaft wie jeder Mensch Irrtümern unterworfen. Diese können als Willens- oder Erklärungsmängel in Erscheinung treten und sich auf rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse oder auf Ermessensfragen beziehen.

Bei dem Fehlen positivrechtlicher Regelungen der Frage, ob sich aus einem Irrtum der Behörde ein selbständiger Fehlergrund ergiebt, gehen die Ansichten darüber sehr weit auseinander. Es lag nahe, hier an die privatrechtlichen Normen zu denken und diese analog oder als einem allgemeinen Rechtsgedanken entsprechend anzuwenden[71]). Dieser Standpunkt kann jedoch nicht geteilt werden: denn die Behörde ist in ganz anderem Umfange als der einzelne gegen das Vorkommen eines Irrtums geschützt. Sie hat ausgebildete Beamte, die ständig gleiche oder ähnliche Akte zu erlassen haben; dem Erlaß geht häufig ein Verfahren voraus,

---

[67]) Siehe u. S. 48; ebenso Entw. Württ. S. 271.

[68]) Kormann S. 292 und Hatschek S. 96 f. nehmen Nichtigkeit an unter Heranziehung bürgerlichrechtlicher Vorschriften; auch v. Köhler S. 183 tritt für Nichtigkeit ein; dagegen richtig v. Hippel S. 75.

[69]) Bezl. der Rechtsmittel wäre nach Feststellung der mangelnden Geschäftsfähigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

[70]) Vgl. dazu Keim: Der Bürger und der infolge behördlichen Irrtums fehlerhafte Verwaltungsakt; Vogels: Willensmängel bei der Beamtenanstellung in: Verw. Arch. 27, S. 24 7ff; Spanner: Der Rechtsbestand irriger Verwaltungsakte in: Ztschr. ö. R. 13, S. 493 ff., 527 ff. u. 679 ff. und v. Eulitz: Ungültigkeit von Verwaltungsakten wegen Irrtums.

[71]) So vor allem das RG. 83, 429 ff. und in JW. 29, 2332; ferner 107, 189; 124 192, wonach der Irrtum über die Pflichttreue eines Beamten zur Anfechtung durch die Behörde ex tunc berechtigen soll (§ 119, II).

und die Behörde kann umfassende Ermittlungen anstellen (Offizialprinzip). Die Sicherung, die für den Einzelnen in den §§ 119 ff. BGB. liegt, hat daher im Verwaltungsrecht für die Behörde keine Berechtigung[72]).

Aber auch abgesehen von der Nichtanwendbarkeit der §§ 119 ff. wird sich aus Gründen der Rechtssicherheit eine Zurücknahme von begünstigenden Verwaltungsakten wegen behördlichen Irrtums nicht rechtfertigen lassen. Der Verwaltungsakt als staatliche Willensäußerung hat nach wie vor die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich. Der einzelne muß auf seinen Bestand, falls nicht andere Mängel vorliegen, fest vertrauen können. Nimmt aber die Behörde einen den einzelnen begünstigenden Akt mit der schwer feststellbaren Behauptung zurück, sie habe sich geirrt, so wird dadurch das notwendige Vertrauen und die Rechtssicherheit einer empfindlichen Belastung unterworfen. Diese Belastung ist aber gar nicht erforderlich, weil in fast allen Fällen, in denen ein Irrtum die Veranlassung zu einem Fehler gegeben hat, eben dieser Fehler Zurücknahme-, wenn nicht Nichtigkeitsgrund sein wird. So werden allermeist Gesetzwidrigkeiten[73]) in formeller oder materieller Hinsicht vorliegen, sofern nicht der Fehler einfach im formlosen Berichtigungsverfahren (wie z. B. nach § 92 Abs. 3 RAO.) beseitigt werden kann. Nur in den seltensten Fällen wird der Irrtum keinen derartigen Fehler hervorrufen.

Wenn Schack[74]) demgegenüber ausführt, daß der behördliche Irrtum ein Zurücknahmegrund sei, der sich gerade vom nationalsozialistischen Standpunkt aus rechtfertigen ließe, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Der einzelne erwartet von der Verwaltung, daß sie fehlerfreie Akte erläßt. Kommt wider Erwarten doch ein Fehler vor, so kann nur bei zwingenden Gründen der einzelne die Folgen des nicht von ihm verschuldeten Fehlers tragen. Der Irrtum eines Beamten kann aber nicht als so zwingend angesehen werden, um deswegen dem einzelnen die mit der Zurücknahme verbundene Belastung zuzumuten; diese muß vielmehr nicht von

---

72) So auch Spanner a. a. O. S. 723. a. A. Brand: Die Anfechtung von beamtenrechtl. Verwaltungsakten wegen Irrtums oder Täuschung in: Beamtenjahrbuch S. 3 ff. (11).

73) So Spanner a. a. O. S. 534.

74) Die fehlerhafte Beamtenstellung in: Beamtenjahrb. Bd. 17 (1930), S. 184/85; ders. in: Dtsch. Verw. Recht, hrg. von Frank S. 331, u. in RVBl. 1936, 230.

dem mehr oder weniger zufällig betroffenen Gliede, sondern von der Gemeinschaft selbst getragen werden[75]).

Andererseits kann aber auch nicht der einzelne mit seiner Behauptung durchdringen, der Akt müsse deshalb beseitigt werden, weil die Behörde sich geirrt habe; er muß vielmehr geltend machen können, daß dieser Irrtum zu einem Fehler geführt habe, der ihm ein Recht zur Anfechtung gibt.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß der behördliche Irrtum als solcher kein Fehler ist[76]), der zur Beseitigung des Aktes führt. Dem steht nicht entgegen, daß die Verwaltung einen belastenden Akt in den Grenzen, in denen diese überhaupt zulässig ist[77]), zurücknimmt, wenn sie ihren Irrtum erkennt[78]).

## § 6. Zu nahe persönliche Beteiligung des Beamten.

Ein alter verwaltungsrechtlicher Grundsatz besagt[79]), daß kein Beamter bei einer Entscheidung mitwirken soll, an der er selber oder seine nächsten Angehörigen interessiert sind. Im nationalsozialistischen Staate, der ein besonderes Gewicht auf das Vertrauen des einzelnen zur Staatsführung legt und dem es daher auf die Lauterkeit der Verwaltungs-

---

75) Kormann (S. 377) sagt, es sei kein Grund einzusehen, warum der Betroffene unter solchem Mangel behördlicher Aufmerksamkeit leiden solle.

76) Wie hier Otto Mayer I, S. 256, Anm. 34; Kormann S. 377 (aber S. 381); Jellinek: Fehlerhafter Staatsakt S. 159; Verw. Recht S. 284; Fleiner S. 207, Anm. 80; Andersen S. 188/191; v. Hippel S. 120; Neuhäuser S. 131; v. Köhler S. 195; Koellreutter S. 81; Weskamp S. 36; Keim S. 43/5; Entw. Württ. S. 301 ff. Die hier vertretene Ansicht wird auch dadurch gesichert, daß das DBG. den Irrtum ebenfalls nicht als Grund zur Nichtigkeitserklärung anführt. Ganz klar auch RG. 120 S. 63: irrtümliches Auslassen des dreimonatigen Kündigungsvorbehaltes führt nicht zur Anfechtung wegen Irrtums; richtig auch v. Dobschütz S. 15: „Ein Verwaltungsakt wie die Einbürgerung kann deshalb nicht entsprechend den Irrtumsfällen im Privatrecht angefochten werden, weil das Vertrauen auf die Gültigkeit eines begünstigenden Staatsaktes wesentlich höher sein muß als das Vertrauen, das auf die Gültigkeit einer privatrechtlichen Willenserklärung gesetzt wird." Ebenso Volkmann: Irrtum und Erschleichung bei der Einbürgerung S. 67.

77) Vgl. z. B. § 42 PVG.

78) So auch Kormann S. 378.

79) So schon § 57, Abs. 2 der Kreisordnung für die östlichen Provinzen vom 13. 12. 72.

tätigkeit in erhöhtem Maße ankommt [80]), hat dieser Grundsatz eine verstärkte Bedeutung bekommen. Der Beamte muß daher auch den Schein vermeiden, als sei gegen diesen Grundsatz verstoßen worden, und sich auch in zweifelhaften Fällen der Mitwirkung enthalten. Ja selbst dann, wenn er auf Anordnung einer übergeordneten Dienststelle handelt, ohne daß dies nach außen hin deutlich wird, soll er nicht mitwirken [81]).

Dieser Grundsatz hat in der Gesetzgebung des Dritten Reiches verschiedentlich seinen Niederschlag bereits gefunden. So hat die DGemO. vom 30. 1. 35 in § 25 bestimmt, daß ein ehrenamtlich tätiger Bürger nicht bei Angelegenheiten beratend oder entscheidend mitwirken darf, wenn er oder seine nächsten Angehörigen [82]) beteiligt sind. Und das DBG. sagt in § 5 Abs. 1: „Der Beamte darf ohne Genehmigung seines Dienstvorgesetzten keine Amtshandlung vornehmen, durch die er sebst oder eine andere Person, zu deren Gunsten ihm wegen familienrechtlicher Beziehungen im Strafverfahren das Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, einen Vorteil erlangen würde. Nach Abs. 2 ist er von solchen Amtshandlungen zu befreien, die sich gegen ihn oder den gleichen Personenkreis wie in Abs. 1 richten würden.

Hier ist nun die Frage zu klären, was rechtens ist, wenn der Beamte trotzdem mitgewirkt hat. Bisher hat man meistens [83]) unter Heranziehung des § 7 FGG. eine Vernichtbarkeit des Aktes für gegeben erachtet und nur mit Rücksicht auf § 181 BGB. hat man dann, wenn Vermögensinteressen unmittelbar eine Rolle spielten, Nichtigkeit des Aktes angenommen [84]).

---

80) So OVG. in RVBl. 1936 S. 1098 = JW. 37, S. 428 und Runderlaß des pr. MdJ. vom 16. 8. 34 (MBliV., S. 1072).

81) So das in Anm. 80 genannte Urteil.

82) Dazu gehören der Ehegatte, die Verwandten bis zum dritten, Verschwägerten bis zum zweiten Grad und eine von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretene Person.

83) So Jellinek S. 273.

84) So Jellinek a. a. O. — Unrichtig ist es, wenn bei zu naher persönlicher Beteiligung eine Unzuständigkeit des handelnden Beamten angenommen wird. Die Zuständigkeitsregeln dienen der reibungslosen Neben- und Miteinanderarbeit der einzelnen Behörden. Hier ergibt sich der Fehler aber lediglich aus den persönlichen Verhältnissen des Beamten. Daher kann also nicht, wie OVG. in RVBl. 1932, S. 84 es tut, von einer Unzuständigkeit des Bürgermeisters zum Erlaß einer wasserpolizeilichen Verfügung wegen persönlicher Beteiligung gesprochen werden. Den gleichen Fehler begeht Herrnritt S. 286.

Dem kann heute keine Geltung mehr zukommen. Bei dem Wert, den der einzelne auf die makellose Führung der Verwaltungsgeschäfte legen muß, kann für Akte, die entgegen dem Grundsatz, daß zu nahe persönliche Beteiligung dem Beamten das Mitwirkungsrecht nimmt, zustandegekommen sind, nur deren Nichtigkeit in Betracht kommen. Der Beamte, der dagegen verstößt, muß wissen, daß sein Akt keinerlei rechtliche Wirkung und der für ihn etwa erlangte Vorteil keinen Bestand hat. Dieser Gedanke kommt auch in der Begründung zu § 25 DGemO. deutlich zum Ausdruck, wenn es dort heißt, daß der persönlich beteiligte Beamte sich bei Vermeidung der Ungültigkeit seiner Handlungen jeder entscheidenden Mitwirkung zu enthalten habe. Dies habe auch für die beratende Mitwirkung Geltung, weil die Beratung nach den Vorschriften der Gemeindeordnung eine besondere Bedeutung habe [85]). Dem ist zuzustimmen. Die Beratung ist nach der Gemeindeordnung von entscheidender Bedeutung für die Beschlußfassung des Bürgermeisters oder Beigeordneten. Der Bürgermeister muß sich, zumal in einer größeren Gemeinde, weitgehend auf das verlassen können, was ihm in der Beratung vorgetragen wird. Der Rat des nicht zur Mitwirkung Berechtigten kann daher von so hohem Einfluß auf die daraufhin ergehende Entscheidung sein, daß zur Vermeidung von Vettern- und Cliquenwirtschaft auch hier Nichtigkeit des Aktes angenommen werden muß.

Das Vertrauen des einzelnen in die Gültigkeit der Akte muß in diesen Fällen deshalb zurücktreten, weil die Sicherung lauterer Verwaltungstätigkeit höherwertig und darum des besonderen Schutzes würdig ist.

## Kapitel III: Die Mängel in der Person des Beteiligten.

Ebenso wie der Mangel eines Verwaltungsaktes sich unter Umständen aus der Person des Staatsorgans ergibt, ebenso kann auch eine Fehlerhaftigkeit des Aktes aus dem Verhalten oder den besonderen Eigenschaften des oder der Beteiligten herrühren. Namentlich bei mitwirkungsbedürftigen Akten können diese Umstände eine besondere Rolle spielen. Aber auch sonst, z. B. im Falle einer Täuschung oder Bestechung, kann das Verhalten des Beteiligten Ver-

---

85) a. A. Kerrl-Weidemann in DGemO. zu § 25 bezüglich der beratenden Mitwirkung unter Hinweis darauf, daß der Bürgermeister trotzdem in seiner Entscheidung frei sei. Ebenso Steffens in: Der Gemeindetag 1935 S. 277.

anlassung zu einem Fehler gegeben haben. Diese Mängel verdienen daher eine gesonderte Betrachtung.

## § 1. Der Irrtum des Beteiligten.

Leichter als die Behörde ist der einzelne bei der Abgabe von Willenserklärungen einem Irrtum ausgesetzt. Er ist oft unbewandert auf dem Gebiete des Rechts und weiß nicht, welche rechtlichen Folgen seine Erklärungen haben können. Unerheblich wird sicher sein, aus welchen Beweggründen er eine Erklärung abgegeben hat. Soweit geht auch nicht das Privatrecht [86]. Im übrigen verdient aber der einzelne bezüglich seiner Erklärungen den gleichen Schutz im Falle des Irrtums, wie er ihn sonst nach bürgerlichem Recht genießt [87]. Ausnahmen können sich allerdings für die sog. Formalakte ergeben. So wird die Einbürgerung vom Neubürger wegen Irrtums nicht anzufechten sein. Bei diesen besonders formalisierten Akten ist ein derartiges Anfechtungsrecht nicht mit der Rechtssicherheit zu vereinbaren.

## § 2. Falsche Angaben des Beteiligten.

In zahlreichen Bestimmungen, namentlich in der Gewerbeordnung, wird der Erlaß eines begünstigenden Aktes von der Vorlage von Zeugnissen etc. abhängig gemacht. Der Ariernachweis muß z. B. durch öffentliche Urkunden geführt werden, oft genügen aber auch lediglich mündliche Erklärungen. In allen diesen Fällen ist die Behörde auf wahrheitsgemäße Angaben des Beteiligten, mögen sie sich als Urkunde oder als mündliche Erklärung darstellen, angewiesen. Der Beteiligte hat es insoweit selbst in der Hand, an dem Zustandekommen fehlerfreier Akte mitzuwirken. Hat er selbst jedoch einen Fehler durch seine falschen Angaben herbeigeführt, so kann für einen Vertrauensschutz nur in sehr begrenztem Umfange Raum sein. Der einzelne setzt sich durch sein Verhalten jedenfalls der Gefahr aus, daß der fehlerhafte Akt von der Behörde zurückgenommen wird [88].

---

86) So schränkt das bürgerliche Recht die Anfechtung wegen Motivirrtums weitgehend ein (§ 119, Abs. 2 BGB).

87) Schack: Die fehlerhafte Beamtenanstellung in: Beamtenjahrbuch Bd. 17 (1930), S. 182, der für das Beamtenrecht zu dem gleichen Ergebnis kommt. Wie hier auch Sächs. OVG. 20, S. 334 (337) und Entw. Württ. Art. 71 und Begründung S. 158/59.

88) Ein Zurücknahmegrund kann sich nur dann ergeben, wenn die Angaben im Rahmen der notwendigen Mitwirkung des Beteiligten liegen. Vgl. Neuhäuser S. 105.

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

a) Schuldlos falsche Angaben.

Der Beteiligte hat gutgläubig Angaben gemacht, die objektiv nicht der Wahrheit entsprechen[89]). Dann wird die Behörde zu prüfen haben, ob auch jetzt noch die Voraussetzungen für den Erlaß des Aktes vorliegen. Bejaht sie dies, so kann sie aus dem schuldlos unrichtigen Verhalten des Begünstigten keinen Zurücknahmegrund herleiten. Da es aber hier nur auf Angaben ankommt, die für den Erlaß des Aktes bestimmend sind, so wird im allgemeinen ein Zurücknahmerecht der Behörde gegeben sein[90]). Dabei braucht sich allerdings die Prüfung nicht lediglich auf die Rechtswidrigkeit zu beschränken. Ergibt sich, daß der Akt bei Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse zweckmäßigerweise anders ausgefallen wäre, so wird auch dies zur Zurücknahme durch die Behörde führen[91]). Andernfalls würde die Zurücknahme wegen Rechtswidrigkeit ausreichen.

---

[89]) Kormann S. 371 leugnet mit Unrecht die Zulässigkeit einer Unterscheidung „zwischen objektiver und arglistiger subjektiver Täuschung“ für das öffentliche Recht. So scheinbar auch Koellreutter S. 81. Das Verschuldensprinzip wird aber als in der ganzen Rechtsordnung herrschend anerkannt werden müssen. Auch im Verwaltungsrecht hat es daher zu gelten.

[90]) Die Frage ist im Sinne der Zurücknahme positiv rechtlich geregelt in GewO. § 53, I; RAO. § 96 Abs. 1, 2; LVO. f. Thür. §§ 142, Abs. 1, Ziff. 4; 143, Ziff. 5; PVG. § 42 b.

[91]) So auch Kormann S. 372 und Andersen S. 194, während Entw. Württ. S. 304/5 es bei der Zurücknahme wegen Gesetzwidrigkeit genügen läßt. Neuhäuser (S. 97/98) will die objektiv falschen nichtamtlich-publizistischen Erklärungen, wenn sie schuldlos abgegeben worden sind, dem behördlichen Irrtum gleichstellen, d. h. ein Zurücknahmerecht auch nur bei Gesetzwidrigkeit zulassen. Diese Auffassung kann aus Gründen, die auf dem Uebergewicht der öffentlichen Interessen beruhen, nicht anerkannt werden. Es kann niemandem ein unangreifbares Recht zustehen auf Grund eines Aktes, zu dessen Erlaß Angaben geführt haben, die nicht den Tatsachen entsprachen. Erscheint der Akt auf Grund der wahren Sachlage auch nur zweckwidrig, so kann der Verwaltung das Zurücknahmerecht nicht gut abgesprochen werden. Hier handelt es sich dann nicht um eine Zurücknahme, die zu einer „Aufopferung“ führt, so daß auch kein Ersatzanspruch gegeben ist. — Weil aber die Zurücknahme zwar auf einem von dem Beteiligten verursachten, jedoch nicht verschuldeten Fehler beruht, wird die Verwaltung auf die Schonung des Beteiligten besonders bedacht sein müssen.

Schuldlos falsche Angaben liegen auch dann vor, wenn der Nächstbeteiligte nicht wußte und nicht wissen konnte, daß die Behörde von dritter Seite irregeführt worden ist [92]). Er muß es sich auch dann gefallen lassen, daß die Behörde gegebenenfalls den Akt zurücknimmt. Sie wird es jedoch nur dann tun, wenn überwiegende allgemeine Interessen die Zurücknahme erfordern.

b) Fahrlässig falsche Angaben.

Liegt dagegen auf seiten des Beteiligten eine Fahrlässigkeit vor, also ein schuldhaftes Verhalten, so wird die Behörde einen strengeren Maßstab anlegen können. Zur Zurücknahme ist sie auf jeden Fall berechtigt [93]). Sie wird sich die Frage vorlegen müssen, ob sie bei einer eventuellen Neuvornahme Auflagen macht, die ähnliche Fälle verhindern [94]).

Für einen Schutz des Vertrauens in das Bestehen des Aktes kann kein Raum sein, wenn der Beteiligte selbst durch sein schuldhaftes Verhalten Veranlassung zur Fehlerhaftigkeit des Aktes gegeben hat. Mag sein Verhalten auch nicht den Vorwurf einer niedrigen Gesinnung rechtfertigen, so bleibt es doch wegen mangelnder Sorgfalt tadelnswert [95]). Der Begünstigte muß sich dann auch die entsprechenden Folgen gefallen lassen.

Ausschlaggebend für die Zurücknahme ist hier neben der etwa vorliegenden Gesetz- oder Zweckwidrigkeit das Verschulden des Beteiligten.

c) Vorsätzlich falsche Angaben. Die Erschleichung.

Das Schuldmoment kommt noch eindeutiger bei der Erschleichung eines Verwaltungsaktes zur Geltung. Unter Erschleichung verstehen wir die vorsätzliche Herbeiführung eines Irrtums (Täuschung) über wesentliche Erfordernisse des Aktes durch falsche Angaben, mögen diese mündlich oder schriftlich

---

92) Aehnl. Neuhäuser a. a. O. S. 139/40.

93) So auch Schack a. a. O. S. 187/88 und Gaststättenges. § 12, Abs. 2, 2.

94) Z. B. Nachweis durch Urkunden statt durch formlose Erklärung.

95) So richtig Säftel: Widerruf von Steuerverwaltungsakten S. 14.

gemacht sein[96]). Es handelt sich um ein unlauteres und heimliches Handeln[97]), bei dem der Beteiligte sich einen bestimmten Erfolg, nämlich die daraufhin ergehende Entscheidung, vorgestellt hat.

Dieses vorsätzlich schuldhafte Verhalten des einzelnen verdient Sühne. Diese wird sich allerdings in dem Rahmen halten, der dem Verwaltungsrecht zugewiesen ist. Es kann also nur die Beseitigung des Aktes in Betracht kommen.

Es würde am nächsten liegen, einen solchen Akt schlechthin als nichtig anzusehen. Dem steht jedoch entgegen, daß der Akt bereits ordnungsmäßig ergangen und der Staatswille mithin nach außen in Erscheinung getreten ist. Es liegt daher im Sinne des Publizitätsgedankens, den Akt als nur zurücknehmbar anzusehen[98]). Allerdings wird es notwendig sein, die Behörde zu verpflichten, in einem solchen Falle die Zurücknahme auch dann auszusprechen, wenn der Akt trotz der Erschleichung ohne Schaden bestehen bleiben könnte, die Frage also dem freien Ermessen zu entziehen[99]). Liegt also eine Erschleichung vor, so ist die Behörde zur Zurücknahme gezwungen. Auf diese Weise findet das unlautere Handeln des Beteiligten seine Sühne[100]).

Dieser Grundsatz wird auch da seine Anwendung zu finden haben, wo es sich um einen sog. Formalakt handelt. Wenn das OVG. in seinen früheren Urteilen[101]) bei der Einbürgerung glaubte, von diesem Grundsatz abweichen zu müssen, weil diese Akte der Zurücknahme nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen unterlägen, so kann diese Auf-

---

[96]) Abzulehnen ist Kormanns Ansicht (S. 131), nach der als „Täuschung" jede objektiv falsche Angabe zu betrachten sein soll. Die Täuschung setzt vorsätzliches Handeln voraus; ebenso Koellreutter S. 81 u. 84.

[97]) So richtig Volkmann a. a. O. S. 4.

[98]) So richtig Keim a. a. O. S. 45. Im Ergebnis ebenso Kormann S. 303 u. 371 ff.; Jellinek S. 284; Mayer I S. 256; Fleiner S. 203; Andersen S. 201; v. Hippel S. 123; Hatschek S. 141; Giese S. 100; Koellreutter S. 181; v. Köhler S. 183 u. 194. — Gesetzlich ist die Frage ebenso geregelt in Bad. VO. vom 31. 8. 84, § 43,I Ziff. 2, RAO. § 96; II; LVO. f. Thür. §§ 142, II Ziff. 5, 143 Ziff. 6; GewO. § 53; Entw. Württ. Art. 48, I Z. 7; vgl. auch ZPO. § 580.

[99]) So Gaststättengesetz § 12,I u. DVG. § 32,II Z. 1.

[100]) Die Frage der Zurücknehmbarkeit (ex tunc oder ex nunc) wird unten S. 55 ff. (58) behandelt.

[101]) OVG. 13, 417; 27, 410; 55, 237.

fassung als überholt gelten[102]. Im nationalsozialistischen Staat ist gerade bei der Einbürgerung die Erschleichung als ein besonders gefährliches Mittel anzusehen, um in den deutschen Volkskörper einzudringen. Die Einbürgerung ist daher, wenn sie durch unlautere Mittel erreicht worden ist, wieder rückgängig zu machen[103]. Das formalisierte Verfahren soll gerade eine weitgehende Richtigkeit der Beurteilung und eine darin begründete Unangreifbarkeit der Akte ermöglichen. Wenn aber die Voraussetzung dazu, nämlich die richtige Beurteilung, durch die Erschleichung gerade verhindert worden ist, kann auch nicht mehr von einer Unangreifbarkeit des Aktes die Rede sein. Auch die Formalakte unterliegen deshalb im Falle der Erschleichung der Zurücknahme. — Das Gleiche gilt auch nach positiver Vorschrift für das Beamtenrecht[104]. Nach § 32 Abs. 2 Z. 1 DBG. führt eine „arglistige" Täuschung dazu, daß die Ernennung des Beamten für nichtig zu erklären ist. Diese muß also auch dann zurückgenommen werden, wenn gegen den Scheinbeamten im übrigen keine Entlassungsgründe vorliegen.

## § 3. Weitere unlautere Mittel.

### a) Die Drohung.

Die unlautere Einwirkung ist auch in der stärkeren Form der Bedrohung denkbar. Daß derartige Fälle durchaus vorkommen können, hat erst der Fall Langkopp bewiesen. Eine derartig widerrechtliche Einflußnahme auf die Entscheidung des Staatsorgans kann nur dazu führen, den Akt

---

[102] Während v. Seebach S. 58 und Koellreutter S. 82 im Falle falscher Abstammungsurkunden richtig Zurücknahme annehmen, will Scheck: Zur Behandlung der fehlerhaften Verwaltungsakte im neuen Staat, RVBl. 1936, S. 230 Nichtigkeit eintreten lassen, weil die Aufnahme sich heute nach völkisch-nationalen Grundsätzen richtet. Er übersieht, welche Folgen das für Dritte, u. U. Deutsche, haben würde.

[103] Vgl. auch das Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 15. 7. 33: RGBl. I, S. 480. Einschränkend v. Dobschütz a. a. O. S. 27, aber unter Betonung des Vergeltungsgedankens (S. 28).

[104] § 72, II, 10, ALR. hatte bestimmt: „Wer sich durch Bestechung oder andere unerlaubte Wege in ein Amt eindrängt, soll desselben sofort wieder entsetzt werden". Das preuß. Gesetz über die Bestätigung von Beamten der Gemeinden vom 23. 6. 33, — GS. S. 217 — läßt die Zurücknahme in § 9 Ziff. 3 stets dann zu, wenn der Beamte selbst der Täuschende war.

als nichtig anzusehen[105]. Denn hier liegt keine freie Willensbetätigung des Staates vor. Läßt sich also ein Beamter durch eine derartige Drohung einschüchtern, gleichgültig, ob sie sich gegen Leib und Leben richtet (vis compulsiva) oder sonstige wesentliche Nachteile für den Fall der Verweigerung in Aussicht stellt, so hat der unter dieser Einwirkung erlassene Akt keine rechtliche Bedeutung. Die Autorität des Staates würde eine schwere Einbuße erleiden, wollte man einen solchen abgetrotzten Akt auch nur zeitweise als wirksam betrachten[106]. Der nationalsozialistische Staat gibt dem einzelnen freiwillig, wozu er ein Recht hat; andererseits gewährt ihm ein durch Drohung erzwungener Akt kein Recht. Der Akt ist ohne weiteres nichtig. Dabei würde die Staatsautorität am besten dadurch weiterhin gewahrt, daß die Nichtigkeit des Aktes ausdrücklich festgestellt würde[107].

Nebenbei sei angemerkt, daß ein auf Grund unmittelbaren Zwanges (vis absoluta) erreichter Akt nicht als Verwaltungsakt aufgefaßt werden kann. Er ist ein Nichtverwaltungsakt[108], da keinerlei dem Staat zurechenbare Betätigung vorliegt[109].

b) Die Bestechung.

Die Bestechung eines Beamten muß sich ebenfalls auf die Wirksamkeit des unter solchen Umständen erlassenen Aktes auswirken. Immerhin hat der Beamte, der sich zur passiven

---

105) Ebenso Jellinek S. 278 und v. Köhler S. 182 für schwere Drohungen. Anders Entw. Württ. S. 271/72.

106) Jellinek S. 278/79 sagt dazu: „Auch der Gedanke liegt nahe, daß es gegen die Würde des Staatsgedankens verstößt, wenn man sich vorstellen soll, die dem einzelnen übergeordnete Staatsgewalt solle auch dann noch Staatsgewalt sein, wenn sie nach dem Willen Privater gelenkt wird". — Nach dem DBG. § 32, I, Ziff. 1 ist in diesem Falle die Ernennung für nichtig zu erklären. — Kormann S. 298/99 will nur Zurücknahme mit Rücksicht auf § 123 BGB. zulassen.

107) Bzgl. des Schutzes vertrauenswürdiger Dritter vgl. unten Seite 62 ff.

108) Ebenso v. Köhler und Entw. Württ. S. 271.

109) Es soll nicht verkannt werden, daß durch die Bestechung, wenn sie Erfolg hat (passive Bestechung), auch ein Mangel in der Person des Staatsorganes eintreten kann, so daß also auch eine Behandlung an dieser Stelle der Arbeit gerechtfertigt gewesen wäre.

Bestechung hergegeben hat, als Staatsorgan unter freier Entschlußkraft gehandelt. Man wird daher nicht annehmen können, daß ein solcher Akt nichtig ist. Der Staatswille ist in dem Akt formell fehlerfrei zum Ausdruck gekommen. Mit Rücksicht auf den Publizitätsgedanken und die Vermutung, daß ein fehlerhafter Akt allenfalls vernichtbar, nicht aber nichtig ist, wird man einen solchen Akt als zurücknehmbar ansehen müssen[110]). Maßgebend für die Zurücknahme, die allerdings erfolgen muß, ist weniger die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit des Aktes, als vielmehr der Verstoß gegen die Rechtsordnung, der in der Verwendung derartiger Mittel zu sehen ist. Dieser Verstoß wird durch die dem freien Ermessen entzogene Zurücknahme gesühnt.

## Kapitel IV: Die Inhaltsmängel.

Den größten Umfang im Rahmen der vorkommenden Fehler nehmen die ein, die sich aus dem materiellen Gehalt des Aktes selbst ergeben. Mögen auch die die Form und das Verfahren betreffenden Bestimmungen und Grundsätze eingehalten sein, so kann sich der einzelne doch durch den Inhalt des Aktes beschwert fühlen. Ebenso kann regelmäßig auch die Verwaltung die Beseitigung eines Aktes fordern müssen, weil dieser inhaltlich nicht mit der Rechtsordnung in Uebereinstimmung steht oder an sonstigen inhaltlichen Mängeln wie Unbestimmtheit oder Unmöglichkeit leidet.

### § 1. Die Unmöglichkeit.

#### a) Rechtliche Unmöglichkeit.

Der einzelne muß sich darauf verlassen können, daß von ihm durch einen Verwaltungsakt nichts verlangt wird, was auszuführen mit der Rechtsordnung in Widerspruch stünde[111]). Das gilt zunächst für solche Akte, die die Uebertretung eines Verbotsgesetzes von ihm verlangen. Einen solchen Akt kann er unbeachtet lassen, weil die Aufforderung, die Gesetze zu verletzen, kein dem Staat zurechenbarer Ausspruch ist; hat doch der Staat als Träger von Gemeinschaftsaufgaben selbst dieser Ordnung in Form von Gesetzen sichtbaren Ausdruck

---

[110]) So RAO. § 96, Abs. 2; Entw. Württ., Art. 48, I, 7; LVO. f. Thür. §§ 142, I, 5; 143, 6; DVG. § 32, II, 1 und die h. M.

[111]) OVG. 97, 99.

verliehen. Ein nur unter Verletzung eines Verbotsgesetzes [112]) ausführbarer Akt ist daher unmaßgeblich, nichtig[113]).

Das gleiche muß auch für Akte unsittlichen Inhalts gelten; denn was sittenwidrig ist, kann heute nicht mehr als trotzdem rechtmäßig angesehen werden [114]).

Ein solches Verbot braucht nicht lediglich als Strafgesetz in Erscheinung zu treten. Es genügt z. B., daß der von der Verwaltung in Anspruch Genommene nur mittels verbotener Eigenmacht dem Akt nachkommen könnte. Auch darin wäre ein Verstoß gegen die Rechtsordnung zu sehen, den die Verwaltung nicht rechtswirksam anordnen kann. Auch ein solcher Akt wäre daher rechtlich unmöglich und nichtig. Wenn z. B. die Polizei wegen Baufälligkeit eines Hauses ohne Vorliegen eines polizeilichen Notstandes die Abstützung nicht vom dinglich Berechtigten (Eigentümer, Nießbraucher) verlangt, sondern sich an den Mieter hält, so wäre der Akt also wirkungslos [115]). Man wird aber verlangen müssen, daß der zu Unrecht in Anspruch Genommene

---

[112]) Z. B. nur mittels Hausfriedensbruchs wie im Falle des OVG. 24, 385, in dem vom Vermieter trotz bestehender Mietverträge die Räumung von 5 Zimmern innerhalb 24 Stunden gefordert worden war, oder in dem des OVG. in: Der Gemeindetag 1936 S. 640, in dem die Frist zur Abtragung von baufälligen Häusern infolge von Mietverträgen zu kurz bemessen war. Ebenso auch sächs. OVG. Bd. 18, 222. — Die Zulassung der Dispensehe in Oesterreich war nichtig wegen Verstoßes gegen das Bigamieverbot. — Die Auslieferung eines Deutschen würde gegen Art. 112, Abs. 3 WVerf. verstoßen.

[113]) Ebenso Kormann S. 234/35; Jellinek S. 275; v. Hippel S. 104; Herrnritt S. 287; Schack in: Beamtenjahrbuch Jg. 17 (1930) S. 240/41 und auch die Rechtsprechung. — Demgegenüber nimmt Entw. Württ. S. 273/74 unter Berufung auf Andersen (S. 374) an, daß die rechtliche Unmöglichkeit in der allgemeinen Rechtswidrigkeit aufgehe. Dem kann nicht gefolgt werden. Bei Verstößen gegen ein Verbotsgesetz tritt, wie festgestellt werden konnte, Nichtigkeit des Aktes ein. Diese Folge ist aber bei der sonstigen Rechtswidrigkeit nicht gerechtfertigt. Aus diesem Grunde ist es notwendig, die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit besonders zu behandeln.

[114]) v. Hippel S. 104 bemerkt zutreffend, daß dazu „alle in unerträglicher Weise Werten zuwiderlaufende Akte gehörten, die als geltend in einem konkreten Normensystem angenommen werden müßten". Nichtigkeit nimmt in diesem Fall auch an Kormann S. 235 und Drews I, S. 76.

[115]) Franzen: Die Polizei im neuen Staat S. 45, der ebenfalls Nichtigkeit annimmt.

die erlassende Stelle von ihrem Fehler in Kenntnis setzt, weil sich die Behörde sonst darauf verläßt, daß der Akt auch befolgt wird. Eine formelle Anfechtung kann dagegen nicht für gerechtfertigt gehalten werden, weil eine zeitweise Wirksamkeit u. U. bereits zum Verstoß gegen das Verbotsgesetz führen müßte.

Sonstige Privatabmachungen können dagegen die Wirksamkeit des Aktes nicht beeinflussen[116]).

b) Tatsächliche Unmöglichkeit.

Beruht jedoch die Unmöglichkeit der Befolgung des Aktes auf tatsächlichen Verhältnissen, so ist der Betroffene in der Lage, die amtliche Zurücknahme anzuregen und, wenn diese daraufhin nicht erfolgt, den Akt anzufechten. Die bisher herrschend vertretene Ansicht[117]), daß auch dieser Fehler in jedem Falle Nichtigkeitsursache sein soll, kann nicht mehr aufrechterhalten werden; denn auch die Verwaltung bedarf des Vertrauensschutzes. Der Betroffene wird genügend dadurch geschützt, daß durch die Anfechtung die Vollziehung des Aktes bis zur Entscheidung für unzulässig zu halten ist[118]). Der Begriff des tatsächlich Unmöglichen entbehrt der genügenden Eindeutigkeit, zumal dann, wenn auch persönliches Unvermögen miteinbezogen wird[119]). Schon wegen dieser begrifflichen Unklarheit rechtfertigt sich die hier vertretene Auffassung, daß die tatsächliche Unmöglichkeit nur Anfechtungsgrund ist[120]). Denn es kann nie in das subjek-

---

116) Andersen S. 330.

117) Kormann S. 233; Jellinek: Gesetz usw. S. 224; Fleiner S. 204; v. Hippel S. 105; Giese S. 100; OVG. in RVBl. 1935, 921/22; 97, 98; Bayr. Oberstes LG. in Reger Bd. 53, 289.

118) So § 53 PVG., falls nicht überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses die sofortige Ausführung verlangen.

119) Andersen S. 366 läßt unverhältnismäßige Beschwerlichkeiten oder Kosten genügen; ähnl. Jellinek, Gesetz usw. S. 58. Der Staat muß aber u. U. derartige Opfer vom einzelnen verlangen. — Wie hier Entw. Württ. S. 274, da es dem einzelnen nicht überlassen bleiben könne, sich auf eine nach seiner Ansicht vorliegende Unmöglichkeit zu berufen.

120) Es mag Fälle geben, in denen der Akt praktisch infolge der tatsächlichen Unmöglichkeit wirkungslos wird, wie z. B. in dem von Giese S. 100 angeführten Fall, in dem die Auslieferung eines Ausländers deshalb unmöglich war, weil kein Grenzstaat ihn über seine Grenzen lassen wollte. Hier war der Akt zunächst bis zu dem Zeit-

tive Ermessen des Betroffenen gestellt werden, ob er etwas für unmöglich ansieht und dann den Akt einfach nicht beachtet, weil er ihn für nichtig hält. Es würde zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen, die im nationalsozialistischen Staat unter allen Umständen vermieden werden muß [121]).

## § 2. Unbestimmtheit.

Gerade der Verwaltungsakt als staatliche Willenserklärung bedarf einer klaren Ausdrucksweise. Er muß von dem Betroffenen ohne weiteres verstanden werden können. Dieser muß wissen, was ihm im einzelnen geboten oder verboten wird [122]). Nur dann kann er sein Verhalten entsprechend einrichten. Aus diesem Grunde hat man bisher allgemein angenommen, daß ein der nötigen Bestimmtheit

---

punkt, in dem sich endgültig herausstellte, daß keiner der in Frage kommenden Staaten ihn in sein Gebiet einläßt, gültig und von da an lediglich zurücknehmbar, weil wegen tatsächlicher Unmöglichkeit praktisch wirkungslos. Wird er nicht zurückgenommen, so kann er seine Wirksamkeit dann erweisen, wenn die Voraussetzungen der Auslieferung sich später ergeben. — Im Falle des OVG. in RVBl. 35,921/22 hatte die Polizei von einem Mittellosen verlangt, daß er sich eine Wohnung suche. Dazu hat das OVG. ausgeführt, daß eine polizeiliche Forderung unstatthaft sei, wenn ihre Erfüllung nicht allein von dem Willen des Polizeipflichtigen abhänge und auf ihre Erfüllbarkeit durch den Polizeipflichtigen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht mit hinreichender Sicherheit gerechnet werden könne. Das OVG. sagt allerdings nicht, ob es Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit annehmen will. Der Fall beweist aber, wie viele Unsicherheitsfaktoren (Wille des Polizeipflichtigen, Erfüllbarkeit, Erfahrung des täglichen Lebens, hinreichende Sicherheit) bei der Feststellung der tatsächlichen Unmöglichkeit sich praktisch ergeben, die richtiger im Rechtsmittelweg, d. h. durch Anfechtung, geklärt werden. — v. Hippel S. 105 will Nichtigkeit dann annehmen, wenn zweifellos und klar erkennbar keinerlei Möglichkeit besteht, das Geforderte durchzuführen. Es wird aber praktisch gerade auf die Fälle ankommen, bei denen jedenfalls die erlassende Stelle die Unmöglichkeit nicht gekannt hat. Dann ist mindestens vom Betroffenen zu fordern, daß er der Behörde die Unmöglichkeit mitteilt, und diese wird dann von sich aus den Akt zurücknehmen.

[121]) Das Gleiche gilt für Untaugligkeit des angegebenen Mittels. Vgl. OVG. 95/146.

[122]) Sächs. OVG. in RVBO. 1935 S. 277: Die Polizeiverfügung muß Ziel und Mittel klar erkennen lassen, und in Reger 53,430 (438): Die Bestimmtheit fehlt, wenn ein Tatbestandsmerkmal der geforderten Handlung einer verschiedenen subjektiven Bemessung zugänglich ist.

entbehrender Akt nichtig sei[123]). Man ist aber nicht zu einer klaren Abgrenzung dessen gekommen, was als „nötig“ anzusehen ist und was nicht. Es kann daher auch nicht anerkannt werden, daß ein Akt wegen seiner Unklarheit, die übrigens durch eine Rückfrage bei der erlassenden Stelle meistens leicht zu beseitigen sein wird, nichtig sein soll. Daß der Behörde dadurch, daß sie in der Abfassung oder Erklärung undeutlich geblieben ist, ein Fehler unterlaufen ist, ist unzweifelhaft. Daß der so fehlerhafte Akt aber durch Anfechtung beseitigt werden kann, dürfte für die Verwaltung schon Ansporn genug sein, um alles zu tun, einen solchen Fehler zu vermeiden. Dazu bedarf es nicht des schweren Geschützes der Nichtigkeit. Es kann auch nicht in das Belieben des einzelnen gestellt bleiben, vielleicht lange nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unter Berufung auf eine sich angeblich aus der unklaren Fassung des Aktes ergebende Nichtigkeit die Erfüllung desselben zu verweigern[124]), Widerstand zu leisten etc. Ist ein unbestimmt abgefaßter Akt in formelle Rechtskraft erwachsen, so ist an seiner Gültigkeit nicht mehr zu zweifeln; andernfalls könnte die erlassende Behörde geradezu überrumpelt werden. Aber auch ihr Vertrauen in die Wirksamkeit der Akte verdient, wie gesagt, Schutz[125]).

---

[123]) Andersen S. 336; Kormann S. 279—81; Jellinek, Gesetz usw. S. 27/28; OVG, 82/67; 88/301; ferner in JW, 1934, 2879, wo es heißt, daß ein Heranziehungsbescheid, der gemäß § 15 Baufluchtliniengef. ergangen ist, dann rechtsunwirksam sei, wenn die Gebäude, auf die sich die Beitragspflicht bezieht, nicht angegeben sind, und auch in Bd. 85 S. 431 (434), wo es heißt, daß eine Polizeiverfügung, die über den Rahmen des üblichen hinaus eine farbige Skizze fordern will, tatsächlich aber — und zwar nicht einmal ausdrücklich — nur das Uebliche fordert, dazu führt, daß der Betroffene den wirklichen Willen der Polizeiverfügung und die ihm auferlegte Leistung nicht erfüllen kann. Die Verfügung ermangele daher der Bestimmtheit, was aber Gültigkeitsvoraussetzung sei. Die Verfügung sei daher als nicht rechtmäßig aufzuheben.

[124]) OVG. Bd. 94, S. 56 läßt die Unbestimmtheit als Nichtigkeitsgrund auch nicht ohne weiteres zu, allerdings dann, wenn dem Betroffenen die Möglichkeit, sich gegen den Akt zu wehren, in unzulässiger Weise erschwert worden ist. Der Betroffene müsse eine tatsächliche Unklarheit behaupten können.

[125]) Daß offensichtliche Versehen kein Anfechtungsgrund sind, ist allgemein anerkannt.

### § 3. Unsinnigkeit.

Dagegen wird man dann, wenn der Akt als sinnlos zu bezeichnen ist[126]), mit der h. M.[127]) als von einem Nichtigkeitsgrund sprechen können. Denn hier ist der einzelne dann nicht mehr in der Lage, einen dem konkreten Fall entsprechenden Staatswillen zu entnehmen. Es ist nicht nur ein Teil des Aktes, z. B. welches Mittel angewandt werden soll wie im Falle der Unbestimmtheit, unklar geblieben, sondern von der Unsinnigkeit ist der ganze Akt erfaßt. Seine Befolgung müßte wiederum zu Sinnlosigkeiten führen. Ein solcher Akt kann aber nicht auch nur zeitweise als wirksam betrachtet werden. Man wird jedoch den Betroffenen für verpflichtet halten müssen, die erlassende Stelle auf die Unsinnigkeit des Aktes hinzuweisen.

### § 4. Rechtswidrigkeit.

Die Rechtswidrigkeit ist die umfassendste Fehlerquelle. Hier haben jedoch alle die Fehler auszuscheiden, die als solche der Form oder des Verfahrens anzusehen sind, mögen sie auch Verstöße gegen rechtsverbindliche Normen darstellen. Für diese Fehler gelten, wie oben gezeigt wurde, besondere Regeln, die sich aus dem Wesen der einzelnen Vorschriften ergeben.

Wenn nun aber der Akt inhaltlich fehlerhaft ist, weil eine gebietende Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden ist, so muß eine Möglichkeit bestehen, einen solchen Akt zu beseitigen. Nach außen hin ist der Staatswille formgerecht und klar zum Ausdruck gebracht. Der Akt wird also einstweilen als wirksam zu betrachten sein. Andererseits ist es zwangsläufig, daß der Akt bei einem Verstoß gegen die Rechtsordnung nur auf Abruf bestehen kann[128]). Im Falle des belastenden Verwaltungsaktes ist daher dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, den Akt anzufechten. Er hat ein unabdingbares Recht darauf, daß sich die Ver-

---

[126]) Der erlassende Beamte hat z. B. in einem Zustand geistiger Verwirrtheit gehandelt (§§ 104, Ziff. 2, 105, Abs. 2 BGB.).

[127]) Kormann S. 281; Koellreutter S. 80.

[128]) Das ist allgemein in Gesetz, Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt, z. B. Bad. VO. vom 31. 8. 84, § 83, Abs. 1, Z. 2; LVO. f. Thür. §§ 142, Abs. 1, Ziff. 3; 143, Z. 2; PVG. § 42, Abs. 1 a; Entw. Württ. Art. 48, Abs. 1, Ziff. 1; Kormann S. 388 ff; Jellinek S. 283/74; Koellreutter S. 81; v. Köhler S. 194; OVG. 24, 350; 40, 379; 55, 437/88: Reger Bd. 53, S. 289/290; Bayr. Oberstes LG. Urteil vom 26. 1. 1931: nur Anfechtbarkeit, weil ein Erfordernis der Ordnung und Rechtssicherheit.

waltung im Rahmen der Rechtsordnung, insbesondere der Gesetze, hält[129]). Diese Ordnung sichert dem einzelnen die persönlichen Rechtsgüter, wie Freiheit und Eigentum, deren er zur Erfüllung seiner Gemeinschaftsaufgaben bedarf[130]). Ein rechtswidriger Eingriff in diese Rechte wie überhaupt jede Rechtswidrigkeit schädigt das Vertrauen des einzelnen in die gerechte, d. h. auch ihm persönlich gerecht werdende Handhabung der staatlichen Macht. Wenn der einzelne das Gefühl hat, es wird mit zweierlei Maß gemessen, dann ist sein inneres Verhältnis zum Staat, der doch sein Staat sein will, kein freudig bejahendes, sondern ein mißmutig duldendes. Um das zu vermeiden, ist die weitgehendste Ausschaltung von Rechtswidrigkeiten erforderlich; und sind diese doch unterlaufen, so muß ihre Beseitigung für den Betroffenen in rechtlich gesicherten Formen möglich sein. Aber auch die Verwaltung selbst ist zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes insofern berufen, als sie belastende Akte, deren Rechtswidrigkeit sie erkennt, zurücknehmen soll[131]).

Doch auch begünstigende Akte, deren Beseitigung vom Beteiligten aus naheliegenden Gründen nicht betrieben wird, kann die Verwaltung zurücknehmen, da auch sie zur Innehaltung der Rechtsordnung berufen ist. Zwar kann der Beteiligte bei der Verwaltung Rechtskenntnis[132]) voraussetzen, und insofern bedarf sein Vertrauen in das Bestehen des Aktes des Schutzes. Dieser kann jedoch nur dahingehend anerkannt werden, daß der rechtswidrige Akt nicht nichtig, sondern nur zurücknehmbar ist, wobei es dem freien Ermessen

---

129) So schon v. Berg I, S. 87/88: „Das Recht der Polizei ist allein auf die Beförderung des Staatszwecks gegründet. Wenn Pläne der Herrschsucht oder des Eigennutzes unter dem Vorwande der Polizei durchgesetzt, wenn allein zum Vorteil oder zur Bequemlichkeit der Regenten Rechte des Untertanen gekränkt, Eingriffe in ihr Eigentum unternommen, Lasten auferlegt, Dienste erzwungen werden sollen, so ist das wohltätigste Hoheitsrecht in das drückendste Unrecht offenbar ausgeartet. Hier, wo der Reize und Gelegenheiten zu willkürlicher Ausdehnung so viele sind, ist doppelte Vorsicht notwendig."

130) So richtig Stuckart in Deutsche Verw. 1935, S. 173: „Um des Ganzen willen aber hat der Staat ein Interesse daran, daß die Einzelzelle in Ordnung ist, d. h. daß die Belange des einzelnen nicht zum Schaden der Gesamtheit beeinträchtigt werden."

131) RAG. in: Der Gemeindetag 1937, S. 147 konstituiert sogar eine Pflicht der Behörde zur Zurücknahme und zum Erlaß einer richtigen Anordnung.

132) Auch in diesem Zusammenhang gilt also der Satz: iura novit curia.

der Verwaltung überlassen bleibt, ob sie von diesem Zurücknahmerecht Gebrauch machen will[133]. Jedenfalls hat der einzelne keinen Anspruch auf eine Begünstigung, die ihm nach der Rechtsordnung nicht zukommt.

Rechtswidrig sind auch Verstöße, die unter Mißbrauch oder unter Ueberschreitung des freien Ermessens ergehen. Dieses Ermessen ist heute mit nationalsozialistischen Grundsätzen zu erfüllen[134], die verbindlicher Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung sind.

Schließlich gehört hierher auch der sog. Rechtsirrtum. Eine Behörde nimmt z. B. fälschlich an, sie sei an die Entscheidung einer anderen Behörde gebunden, während sie in Wirklichkeit nach freiem Ermessen zu entscheiden hat[135], oder sie hält irrtümlich eine Gesetzesvorschrift für zwingend[136]. In diesen Fällen unterstellt die Verwaltung das Vorhandensein von Rechtsnormen, die entweder überhaupt nicht oder doch nicht mit dem von ihr angenommenen Inhalt bestehen. Damit setzt sie sich aber in Widerspruch zu der geltenden Rechtsordnung; der Akt ist rechtswidrig und unterliegt denselben Gesetzen wie die übrigen hier behandelten rechtswidrigen Akte.

## § 5. Die Frage der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten in revolutionären Zeiten.

Wenn das Ziel einer Revolution nicht nur die Verlagerung der Macht, sondern zugleich die Durchsetzung einer eigenen, aus ihrer andersartigen weltanschaulichen Einstellung hervorgehenden Rechtsordnung ist, so entsteht die Frage nach Gültigkeit oder Ungültigkeit von solchen Akten, die im Laufe der Revolution, ganz gleich, ob von den alten Behörden oder von revolutionären Organen, unter Mißachtung der bisherigen Rechtsordnung ergehen. Mag die Erhebung von 1933 auch staatsrechtlich mit Recht als legal bezeichnet werden, so hat der Verlauf im einzelnen doch nicht immer die vor der Revolution gesteckten gesetzlichen Schranken beachten können. Dazu war auch die Revolution eine zu grundlegende, als daß man annehmen könnte, es hätte sich ebenso gut alles im Rahmen der bisherigen Gesetze vollzie-

---

[133] Also Kann-Bestimmung; so auch in fast allen Kodifikationen, insbes. PVG. § 42, 1 a.

[134] Vgl. Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 34 — RGBl. I, S. 925 — § 2; ebenso Maunz: Neue Grundlagen des Verw. Rechts S. 208.

[135] OVG. 82, 431 ff; Entw. Württ. S. 273 u. 303.

[136] Bayr. VGH. 22, 192 ff.

hen lassen. Man hat vielmehr mit Recht darauf verwiesen[137]), daß die Revolution selbst Rechtsquelle ist. Aus ihr ist das Recht zu „illegalen" Handlungen abzuleiten. Diese Akte rechtfertigen sich also aus dem revolutionären Geschehen selbst und sind daher dann gültig, wenn keine Mängel in der Person des erlassenden Organs[138]) vorliegen und sie auch den Grundsätzen der sich durch die Revolution durchsetzenden Rechtsordnung entsprechen[139]).

Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat im übrigen, um keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Handlungen aufkommen zu lassen und um gleichzeitig der Rechtssicherheit zu dienen, angeordnet, daß ein besonders bedeutungsvoller Teil dieser Akte von den Landesministern für rückwirkend rechtsgültig erklärt werden kann[140]).

Nachdem die Revolution aber abgeschlossen ist, muß jeder Akt seine rechtliche Grundlage in der jetzt bestehenden Rechtsordnung haben. Deshalb rechtfertigt z. B. allein die Tatsache der Zugehörigkeit zum Judentum nicht die Verwei-

---

137) Herrfahrdt a. a. O. S. 73; Albrecht: Das Recht der Revolution S. 128.

138) Vgl. S. 30 f. der Arbeit.

139) So Hoche in RVBl. 1935, S. 186: „Die Rechtmäßigkeit der Handlungen, die im Zuge und in der Richtung einer nationalen Revolution geschehen, kann nicht nach den formalrechtlichen Vorschriften einer Zeit beurteilt werden, der diese Revolution den Todesstoß versetzt hat". — Als Beispiel führt Zinser im Verw. Arch. 39, S. 49 die Inschutzhaftnahme von Separatisten ohne gesetzliche Grundlage im Zuge der Revolution an. — Wegen entstandener Schäden vgl. das Gesetz zum Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 (RGBl. I, S. 1235).

140) Gesetz über die Rechtmäßigkeit von Verordnungen und Verwaltungsakten vom 3. 7. 34: RGBl. I, S. 530. § 2, Abs. 1 des Gesetzes lautet: „Die Landesminister können innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches Anordnungen und Maßnahmen, die durch sie selbst, durch nachgeordnete Behörden oder Organe der gemeindlichen Selbstverwaltung seit dem 30. 1. 1933 bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes zur Sicherung des geordneten Ganges der Verwaltung oder zur Durchsetzung der nationalen Erhebung ohne hinreichende gesetzliche Ermächtigungen getroffen sind, allgemein oder im Einzelfall mit rückwirkender Kraft für rechtsgültig erklären, soweit diese Anordnungen und Maßnahmen die Verwaltung der Gemeinden, der Gemeindeverbände und sonstiger Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie solche Vereinigungen, Anstalten und Stiftungen zum Gegenstand haben, die der Landesaufsicht unterstehen. Die Erklärung der Rechtsgültigkeit bedarf der vorherigen Zustimmung des Reichsministers des Innern.

gerung einer Schankkonzession, da die in verschiedenen Gesetzen[141]) enthaltenen Arierbestimmungen nach der jetzigen Rechtslage für die freie Wirtschaft keine Anwendung finden und sich die Unzuverlässigkeit allein aus der Zugehörigkeit zum Judentum nicht ergibt[142]).

## Kapitel V: Zur Frage der Generalklauseln.

Nach der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus setzte eine Ueberschätzung der Bedeutung solcher Bestimmungen ein, die der Ausfüllung durch konkrete Wertungen bedurften (Generalklauseln). Man nahm an, daß auf diese Weise am zwanglosesten nationalsozialistisches Gedankengut in die Akte der Rechtsprechung und Verwaltung hineinzutragen sei. Dadurch kam man zu einer Aushöhlung des übrigen Normensystems, das aber im nationalsozialistischen Staat durchaus seine Bedeutung behalten soll, da nur so einheitliche Führung und Rechtssicherheit zu gewährleisten sind. Auch im Verwaltungsrecht ist die Bedeutung der Generalklauseln gelegentlich überschätzt worden[143]). Immerhin ist hier durch das der Verwaltung in weitem Maße eingeräumte freie Ermessen die „Flucht in die Generalklauseln" nicht so stark in die Erscheinung getreten wie zeitweise bei der Justiz.

Man wird im Verwaltungsrecht mit den Bestimmungen auskommen können, die bereits vor der Machtergreifung, z. B. nach § 74 Einl. ALR. und § 142 Abs. 1 der LVO. f. Thür.[144]), rechtens gewesen sind.

---

[141]) Zuletzt DBG. §§ 25, 59.

[142]) Bad. OVG. in Reger Bd. 55, S. 191 ff. — Zur Frage, ob und in welchem Umfang der Grundsatz der Gewerbefreiheit den nationalsozialistischen Rechtsanschauungen entspricht, vgl. JW. 37, 1031/32.

[143]) So v. Schack in Franks Dtsch. Verw. Recht S. 335, der Nichtigkeit annehmen will, wenn es gebieterischer Notwendigkeit und den Belangen der Volksgemeinschaft entspricht oder nicht widerspricht; und Janberg in RVBl. 1936, S. 840.

[144]) § 74 Einl. ALR. lautet: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen." Ferner § 142, Abs. 1 LVO. f. Thür.: „Zu Ungunsten des Beteiligten . . . kann eine Verfügung ohne seine Zustimmung nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls zurückgenommen oder geändert werden"; ähnl. österreich. AVG. § 68, Abs. 3. Art. 50, Abs. 1 Entw. Württ. bezüglich Erlaubnissen, zu deren Erlaß keine rechtliche Verpflichtung bestand (Abs. 2); für einen Spezialfall (gewerbliche Anlagen) § 51 GewO.

Das Uebergewicht, das dem gemeinen gegenüber dem persönlichen Nutzen nach der Auffassung des Nationalsozialismus zukommt, findet seinen Ausdruck zunächst schon in der maßgebenden Rolle, die die Verwaltung bei Erlaß eines Aktes spielt. Aber es sind naturgemäß auch Fälle denkbar, in denen überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls nicht als solche von der Behörde richtig gewürdigt worden sind. Dann wäre ein positivrechtlicher Hinweis auf die Zurücknahmemöglichkeit als Abgrenzung gegen sonstige sich angeblich auch aus der nationalsozialistischen Rechtsordnung ergebende Zurücknahmegründe von Nutzen, da er der Rechtssicherheit dienen würde[145].

Bei Annahme einer solchen Generalklausel würde auch aus diesem Grunde eine selbständige Zurücknahme wegen behördlichen Irrtums nicht gerechtfertigt sein. Denn wenn wirklich das öffentliche Interesse die Zurücknahme zu Ungunsten des Beteiligten verlangt, wäre ein solcher die Fehlerhaftigkeit des Aktes veranlassender Irrtum belanglos gegenüber der durch ihn herbeigeführten Schädigung des Gemeinwohls, die, sofern überwiegende Gründe dafür sprechen, dann den Grund zur Zurücknahme geben würde[146].

Der Begriff des Gemeinwohls umfaßt nicht nur die staatlichen, insbesondere die fiskalischen Belange, sondern be-

---

[145]) Daß die Verwaltungsgerichte auch ohne eine solche Normierung überwiegende Gründe des Gemeinwohls als Zurücknahmegrund anerkennen, ergibt die Richtigkeit der Auffassung, daß eine derartige Generalklausel kein unbedingtes Erfordernis ist. So das Sächs. OVG. in seinem bedeutsamen Bau-Urteil vom 18. 1. 1935 in **Reger** Bd. 55 S. 113 ff. und der Württ. VGH. in Deutsche Verwaltung 1937, S. 31: „Der Grundsatz der Gewerbefreiheit hat da seine Grenzen, wo er zu Schäden und Nachteilen für die Volksgesamtheit führen kann." Schließlich Sächs. OVG. in RVBl. 1935, S. 498; „Es besteht eine Widerrufsmöglichkeit einer Baugenehmigung, die gegen das zu Zeiten des Erlasses bestehende Recht verstößt, auch wenn sie formell unanfechtbar geworden ist, zum mindesten dann, wenn die Allgemeinheit beeinträchtigt wird."

[146]) So richtig **Spanner** a. a. O. S. 725. Wenn **Schack** in Frank: Dtsch. Verw. Recht S. 335 dagegen sowohl eine Zurücknahme wegen behördlichen Irrtums als auch wegen überwiegender Gemeinschaftsbelange befürwortet, so bedeutet dies die Ausdehnung der Zurücknahme wegen Irrtums auch auf Fälle, in denen keine überwiegenden Gründe des Gemeinwohls einen solchen Eingriff rechtfertigen. Eine solche Ausweitung der Zurücknahmemöglichkeit wegen Irrtums der Behörde kann jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht anerkannt werden (vgl. auch oben S. 32 ff.

zieht sich darüber hinaus auch auf Dritte, die von einem Verwaltungsakt in ihren Rechten betroffen werden. Die Generalklausel hätte daher auch solche Fälle mit zu umfassen, bei denen durch die Schädigung Dritter zugleich eine Störung des Gemeinschaftslebens eintreten würde. Dieser Gedanke hat in dem S. 53 Anm. 145 angeführten Bau-Urteil des Sächs. OVG.[147]) bereits seinen Niederschlag gefunden, indem ein Akt als fehlerhaft bezeichnet wurde, der einen Bau erlaubte, obwohl dadurch eine Gefährdung des Gemeinschaftsfriedens eintreten mußte[148]). Insofern schützt also die Klausel auch Dritte gegenüber einem einzelnen, der sich nicht im Rahmen der ihm durch das öffentliche Wohl gezogenen Grenzen hält.

Eine weitere Generalklausel ist dann gegeben, wenn die Behörde belastende Verwaltungsakte zurücknehmen kann, sofern sie sie für ungerechtfertigt hält. Dabei ist es gleichgültig, ob der Akt aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen nicht hätte erlassen werden sollen. Es genügt vielmehr, daß der Akt „ungerechtfertigt" für den Belasteten ist und daß die Verwaltung dies erkennt. Eine solche Klausel befindet sich in §§ 18 FGG., 93 RAO., 171 LVO. f. Thür. und in Art. 42 Abs. 1 Entw. Württ. Man kann also sagen, daß dieser Grundsatz allgemeine Gültigkeit besitzt, und es besteht keine Veranlassung, dagegen Einwände zu erheben[149]). Diese Klausel gibt vielmehr der Verwaltung die unbedingt erforderliche Möglichkeit, im Rahmen ihres freien Ermessens einen ungerechtfertigten Zustand auch dann abzustellen, wenn der Belastete selbst aus Unkenntnis oder aus anderen Gründen nicht die Anfechtung betreibt oder

---

147) Das gleiche Gericht führt in RVBl. 1935, S. 938 jedoch zur Erläuterung des oben genannten Urteils an, daß es sich um ein außergewöhnliches Mißverhältnis handeln müsse; insbesondere genügen im allgemeinen nicht rein wirtschaftliche Rückschläge (Pr. OVG. in RVBl. 1935, S. 657).

148) Noch nicht anerkannt hat diese Auffassung der Württ. VGH. in seinem Urteil vom 11. 10. 1933 in RVBl. 1936 S. 638, wenn es ausführt, daß, obwohl das Hinterhaus mit 18 (!) Mietwohnungen durch den Neubau sehr empfindlich an Licht- und Luftzutritt und an Freiheit der Lage verlieren würde, ein bloß tatsächlicher Interessenschutz nach der Bauordnung nicht gegeben sei.

149) Ebenso Kormann S. 378, falls die Belastung infolge behördlichen Irrtums eingetreten ist; ferner Koellreutter S. 80. Das RAG. spricht in „Der Gemeindetag" 1937, S. 147 sogar von einer Pflicht zur Zurücknahme und zum Erlaß einer richtigen Anordnung.

aber nur die Zurücknahme anregt[150]). Ihre Bedeutung hat die Klausel insbesondere für die Beseitigung rechtmäßiger, aber sach- oder zweckwidriger belastender Akte[151]).

Daß daneben Grundsätze wie die der Wahrung von Treu und Glauben und der guten Sitten auch im Verwaltungsrecht ihre allgemeine Bedeutung haben, bedarf keiner besonderen Ausführung. Sie sind notwendige Bestandteile unserer Gesamtrechtsordnung.

## Kapitel VI: Die Folgen der Beseitigung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes[152]) für den Beteiligten.

### § 1. Die Frage der Rückwirkung.

#### a) Anfechtbarkeit und Rückwirkung.

Während der Begriff der Nichtigkeit ohne weiteres die Frage der Rückwirkung im bejahenden Sinne klärt, ist im Falle der Anfechtbarkeit nicht ohne weiteres erkennbar, ob die erfolgreiche Beseitigung des Aktes erst von diesem Zeitpunkt oder von dem des Erlasses an wirksam sein soll. Logisch ist keine von beiden Folgen mit dem Begriff der Anfechtung verbunden[153]). Erreicht der Anfechtende die Beseitigung des Aktes, so ergibt sich daraus, daß dieser fehlerhaft war. Sofern dieser Fehler nicht seinen Grund im Verhalten des Beteiligten hat[154]), wird die Behörde für ihren Fehler auch insofern einstehen müssen, als sie die durch Anfechtung herbeigeführte Beseitigung des Aktes als vom Erlaß des Aktes an wirksam sein läßt. Der einzelne, der durch einen Akt ungerechtfertigt belastet worden ist, ist also mit ex tunc-Wirkung freizustellen[155]).

---

150) So kann nach LVO. f. Thür. § 145 ein Beteiligter, der nicht mehr anfechten kann, Anregung zur Zurücknahme geben.

151) Vgl. Begründung Entw. Württ. S. 283.

152) Vgl. Weskamp: Die Folgen der Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes.

153) So v. Hippel S. 16; a. A. Bayr. VGH.: Reger Bd. 55, 347 (349): „Die Anfechtung wirke ex tunc (§ 142 BGB), Zurücknahme ex nunc."

154) Z. B. Irrtum des Beteiligten oder falsche Angaben.

155) Z. B. sind die infolge fehlerhaften Steuerbescheides zuviel gezahlten Steuern zu erstatten. — Wie hier Weskamp a. a. O. S. 12 ff. unter besonderer Berücksichtigung der §§ 32, 61 FGG. und der vernichtbaren Ehe nach §§ 1325 ff. BGB.; a. A. Jellinek: Fehlerhafter Staatsakt S. 145 ff.

b) Zurücknahme und Rückwirkung.

Auch im Falle der Zurücknahme eines fehlerhaften Aktes ist die Frage zu stellen, ob die Zurücknahme nur für die Zukunft zu gelten hat [156]. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um begünstigende oder belastende Akte handelt.

aa) Zurücknahme belastender Akte.

Wir konnten feststellen [157], daß die Verwaltung sehr wohl die Möglichkeit hat, ihr ungerechtfertigt erscheinende Akte zurückzunehmen. Dabei hat die Behörde nach pflichtmäßigem Ermessen zu handeln. Dieses Ermessen wird deshalb auch dahin auszudehnen sein, daß die Behörde einen solchen Akt mit ex tunc-Wirkung zurücknehmen kann. Sie kann aber auch aus ihrem Ermessen unterliegenden Gründen die Beseitigung für die Zukunft eintreten lassen [158]. Will der Betroffene die Rückwirkung auch dann herbeiführen, wenn die Behörde den Akt nur mit ex nunc-Wirkung zurückgenommen hat, so bleibt ihm der Weg der Anfechtung offen, der auch neben der Zurücknahme in einem solchen Fall möglich ist [159] und im Erfolgsfalle die ex tunc-Wirkung herbeiführt.

Für die Wirksamkeit der Akte bis zur Zurücknahme wird vor allem der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit maßgebend sein müssen. Wenn aber der Beteiligte einen Akt anficht, dann beweist er dadurch im allgemeinen, daß er die Beseitigung des Aktes mit ex tunc-Wirkung wünscht; nimmt aber die Verwaltung den Akt zurück, so kann sie als Wahrerin allgemeiner Belange auf die Erhaltung der Rechtssicherheit verstärktes Gewicht legen und deshalb eine Zurücknahme ex nunc für angebracht und ausreichend halten.

bb) Zurücknahme begünstigender Akte.

Hat die Behörde einen begünstigenden Akt erlassen, so ist sie — wie wir feststellen konnten — nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zur Zurücknahme berechtigt. Der Begünstigte hat sich auf die ihm zuteilgewordene Erlaubnis etc. eingestellt, und sein Vertrauen in den Bestand des Aktes darf nicht ohne Not getäuscht werden. Ist aber schon die Zurücknahme begünstigender Akte selbst derartigen Beschränkungen unterworfen, so muß dies auch seine Bedeutung

---

156) Nach Jellinek S. 287 entspricht es natürlicher Anschauung, daß die Zurücknahme nur für die Zukunft gilt (?).

157) S. o. Seite 54.

158) So Entw. Württ. Art. 51, Abs. 2.

159) So auch Weskamp a. a. O., S. 20 u. 33.

für die Frage der Rückwirkung haben. Diese Bedeutung kann nur darin liegen, daß die Behörde grundsätzlich bei begünstigenden Akten auf die Zurücknahme mit ex nunc-Wirkung beschränkt wird [160]). Entsteht für den einzelnen ohne sein Verschulden schon der Nachteil der Zurücknahme, dann würde die Annahme der Zurücknahme ihn noch weiter schädigen, eine Absicht, die weder mit den positiven Bestimmungen [161]) noch mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes zu vereinbaren ist.

Anders ist allerdings dann zu entscheiden, wenn das Gesetz selbst dazu eine Handhabe bietet. Das ist bei dem DBG. der Fall. Dort ist aus dem Wortlaut des § 32 (Erklärung der Nichtigkeit) und des § 34 (Amtshandlungen wie die eines Beamten) zu entnehmen, daß die Zurücknahme der Ernennung aus den besonderen Verhältnissen des Beamtenrechts heraus als rückwirkend zu betrachten ist.

Im übrigen kann eine Zurücknahme mit rückwirkender Kraft jedoch dann in Betracht kommen, wenn auf seiten des Beteiligten ein Verschulden vorliegt. Hier wird es sogar dann, wenn nicht überwiegende Belange des Gemeinwohls entgegenstehen, der Verwaltung zur Pflicht zu machen sein, den Akt mit ex tunc-Wirkung zurückzunehmen. Die Sühne für schuldhaftes Verhalten findet gerade in dieser Maßnahme ihre Erfüllung. Denn dann ist jeder Vorteil, den der Begünstigte zu Unrecht aus dem Akt erlangt hat, wenigstens soweit es sich mit dem Schutz gutgläubiger Dritter vereinbaren läßt, beseitigt [162]).

Allerdings kann es fraglich erscheinen, ob man in Fällen leichten Verschuldens, also insbesondere bei Fahrlässigkeit, ebenfalls die ex tunc-Wirkung als notwendige Sühne ansehen muß oder ob bereits die Zurücknahme mit ex nunc-Wirkung hinreicht. Die Entscheidung hierüber wird man nicht ohne Würdigung des einzelnen Falles treffen können. Daher ist eine grundsätzliche Entscheidung hier nicht am Platze. Es muß vielmehr dem Ermessen der Verwaltung überlassen bleiben, je nach der Schwere der Sorg-

---

160) h. M.

161) § 96, Abs. 2 RAO.; §§ 142, Abs. 1, Z. 5; 143 Z. 6 LVO. f. Thür. und Entw. Württ. Art. 51, Abs. 1, die sämtlich Rückwirkung nur bei Anwendung unlauterer Mittel annehmen. Der Entw. Württ., der ursprünglich Rückwirkung auch im Falle der sachlichen und formellen Rechtswidrigkeit annahm, ist in diesem Punkte in 3. Lesung geändert worden (vgl. Erg. Bd. S. 79/80) und deckt sich jetzt mit der hier vertretenen Ansicht.

162) Vgl. unten S. 63 f.

faltsverletzung die Zurücknahme gegebenenfalls mit rückwirkender Kraft auszustatten.

Fast einheitlich ist die Ansicht der Rechtslehre und Gesetzgebung bezüglich der Notwendigkeit der Rückwirkung für den Fall, daß unlautere Mittel angewandt sind[163]). Voraussetzung ist allerdings, daß der Begünstigte diese Mittel selbst angewandt hat oder doch von ihrer Verwendung durch Dritte gewußt und sich durch Duldung damit einverstanden erklärt hat. Andernfalls käme dem Begünstigten gegenüber eine Verschärfung durch die ex tunc-Wirkung der Zurücknahme mangels Verschulden nicht in Betracht.

Da es sich hier um eine Rückwirkung handelt, die unter dem Gesichtspunkt der Sühne einzutreten hat, kann es nicht darauf ankommen, ob der Akt etwa auch ohne die Anwendung unlauterer Mittel ebenso ergangen wäre[164]). Selbst dann hat die Zurücknahme rückwirkende Kraft. Daß von einem Vertrauensschutz des dolos Handelnden nicht die Rede sein kann, versteht sich von selbst.

In der Literatur hat die Frage der Rückwirkung bei Erschleichung der Einbürgerung eine besondere Rolle gespielt. Hatte das OVG. in seinem bekannten Russenur-

---

[163]) Jellinek S. 287; Giese S. 103; v. Hippel S. 128/29; Neuhäuser a. a. O. S. 266; v. Köhler S. 201. § 96, Abs. 2 RAO.; § 144, Abs. 1 LVO. f. Thür.; Art 51, Abs. 1 Entw. Württ. (Muß-Zurücknahme). Nach österreichischem AVG. § 68 Wiederaufnahme. Aus der Rechtsprechung OVG. 92, 240 ff.; zu eng KG. in RuPrVBl. 49, S. 139, wo das Rechtssicherheitsdenken unter Heranziehung bürgerlichrechtlicher Bestimmungen (§ 115 BGB., § 311, Abs. 2 HGB., §§ 32, 55 FGG) überspannt wird unter Außerachtlassung des Verschuldungsgedankens; § 78 (96) RAO. sei nur Sondernorm. — Peters in: Reich und Länder 1936 S. 124 ff. (125) meint in einer Besprechung von v. Köhlers Buch: Verw. Recht: die Meinung, daß bei Erschleichung die Zurücknahme mit ex tunc-Wirkung eintreten soll, sei individualistisch. Nur vom Standpunkt des Täuschenden aus gesehen. Als Beispiel führt er den Scheinbeamten an, dessen Akte dann nichtig sein müßten. Dieser Standpunkt ist aber auch schon vor DBG. § 33 von der h. M. abgelehnt worden. Im übrigen verkennt Peters, daß das von dem Täuschenden verletzte allgemeine Rechtsempfinden Sühne verlangt. Die ex tunc-Wirkung stellt also gerade eine Maßnahme zur Wiederherstellung der überindividuellen Rechtsordnung dar.

[164]) So richtig RFH. in JW. 34, 883: durch unlautere Mittel war Zollfreiheit erwirkt worden. Durch die Zurücknahme ex tunc lebt der Zollanspruch wieder auf, gleichgültig, ob die Zollfreiheit auch ohne unlautere Mittel erlangt wäre.

teil[165]) die Zurücknahme wegen Erschleichung überhaupt verneint, um wieviel zweifelhafter mußte, wenn man trotzdem die Zurücknahme als möglich gelten ließ, die Frage sein, ob die Zurücknahme dann mit rückwirkender Kraft erfolgen sollte. Aber gerade hier, wo bevölkerungs- und kriminalpolitische Momente eine so bedeutende Rolle spielen und heute auch zur Zulassung der Zurücknahme führen würden, braucht dem durch unlautere Mittel in den Genuß der Staatsangehörigkeit gekommenen Neubürger gegenüber keine Ausnahme gemacht zu werden[166]).

### § 2. Die Entschädigung des Beteiligten für schuldlos rechtswidrige und für rechtmäßige Eingriffe der Verwaltung.

Nachdem durch Art. 131 WVerf. und dessen Auslegung durch das Reichsgericht, insbesondere durch die Feststellung, daß es sich dabei um aktuelles Recht handelt, die Frage der Staatshaftung im Falle schuldhaften Verhaltens eines Beamten weitgehend geklärt ist, soll hier nur in kurzen Zügen auf die Staatshaftung im Falle schuldlos rechtswidriger und rechtmäßiger Eingriffe der Verwaltung eingegangen werden.

Hier kommt der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes wieder voll zum Durchbruch. Nachteile, die der Einzelne dadurch erleidet, daß die Verwaltung ihn zu Unrecht belastet[167]) oder daß sie einen begünstigenden Akt wieder zurücknimmt, sollen, falls kein Beamter dafür verantwortlich zu machen ist, der Allgemeinheit zur Last fallen.

Es kann sich dabei jedoch nur um den Schaden handeln, den der Beteiligte dadurch erleidet, daß er auf das Bestehen des begünstigenden Aktes vertraut hat und auch vertrauen durfte[168]). Die Schadensersatzpflicht entfällt jedoch, wenn der Beteiligte durch eigenes Verhalten die Fehlerhaftigkeit und damit die Zurücknahme des Aktes veranlaßt hat, insbesondere im Falle der Anwendung unlauterer Mittel. Im Falle mitwirkenden Verschuldens ist die Heranziehung des in § 254 BGB. enthaltenen Rechtsgedankens am Platze. Eine Entschädigungspflicht kann jedoch immer

---

165) OVG. 13, 408.

166) Ebenso Volkmann a. a. O. S. 51 u. 54; schwankend Dobschütz a. a. O. S. 29.

167) Z. B. die schuldlose Annahme der Zuständigkeit infolge Irrtums.

168) Ebenso Jellinek S. 329.

nur dann anerkannt werden, wenn ein konkreter Schaden infolge des berechtigten Vertrauens des einzelnen auf die Gültigkeit des erlassenen Aktes nachgewiesen ist.

Positive Regelungen finden sich selten. Nach § 144 Abs. 2 LVO. f. Thür.[169]) ist, soweit nicht eine Schadensersatzpflicht im weiteren Umfange gegeben ist[170]), der Beteiligte im Rahmen der Billigkeit in folgenden Zurücknahmefällen schadlos zu halten:

1. im Falle sachlicher Unzuständigkeit,
2. im Falle der Rechtswidrigkeit und
3. im Falle der clausula rebus sic stantibus.

Dagegen nicht bei unrichtigen oder irreführenden Angaben und bei Anwendung unlauterer Mittel.

Bedenkt man weiter, daß es sich eben doch nur um eine Entschädigung für schuldloses Verhalten handelt, dann wird auch die Frage, ob eine volle Entschädigungspflicht oder nur eine solche nach dem Maßstab der Billigkeit[171]) gerechtfertigt ist, im Sinne der letzteren zu entscheiden sein. Denn schließlich ist es ja auch die Allgemeinheit, die die Mittel für eine derartige Entschädigung aufbringen muß, da ein Rückgriff mangels Verschulden eines Beamten nicht in Betracht kommt. Es erscheint daher gerechtfertigt, daß dem Betroffenen der Schaden nur in dem Umfang ersetzt wird, der aus Billigkeitsgründen angemessen ist.

Diesen Standpunkt vertritt auch das Gesetz zum Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 (RGBl. I S. 1235). Es kann fraglich erscheinen, ob die Entschädigung in den von diesem Gesetz betroffenen Fällen überhaupt unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit gewährt wird oder ob vielmehr die Frage der Rechtswidrigkeit zurücktritt gegenüber dem objektiven Tatbestand einer im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Erhebung zugefügten Schädigung[172]). — Wenn aber die Rechtswidrigkeit im einzelnen zu verneinen ist, so sind damit die Voraus-

---

169) Vgl. auch § 70, II PVG.

170) Etwa nach Art. 131 WVerf., also bei schuldhaftem Verhalten.

171) Für den Fall geistigen Versagens des Beamten geben Reichsgesetz vom 22. 5. 10, § 1, Abs. 2 und Pr. Gesetz vom 1. 8. 09, § 1, Abs. 2 eine Regelung, wonach im Rahmen der Billigkeit gehaftet wird.

172) Vgl. oben S. 50 ff. und Jellinek S. 329 bezüglich des Tumultschädengesetzes vom 12. 5. 20.

setzungen zur Anwendbarkeit des § 75 Einl. ALR.[173]) gegeben; denn dieser trifft ja gerade, wie sich aus dem Zusammenhang mit § 74 ergibt, die Fälle des rechtmäßigen Eingriffs.

Ein solcher rechtmäßiger Eingriff liegt auch dann vor, wenn ein begünstigender Akt etwa unter Bezugnahme auf die Generalklausel, wonach die Zurücknahme aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls[174]) zulässig ist, von der Verwaltung zurückgenommen wird. Auch dann kommt eine Entschädigungspflicht des Staates in Betracht.

### § 3. Die Frist zur Zurücknahme.

Liegen die Voraussetzungen für die Zurücknahme nach dem bisher Gesagten vor, so besteht nach der derzeitigen Rechtslage für die Verwaltung die Möglichkeit, trotz Kenntnis ihres Zurücknahmerechts dieses nach ihrem Belieben sofort oder erst nach Jahren auszuüben. Man nimmt zwar in der Rechtslehre[175]) an, daß die Behörde infolge Verschweigung ihres Rechtes verlustig gehe. Nach Treu und Glauben müsse die Verwaltung die Zurücknahme innerhalb einer angemessenen Frist aussprechen, andernfalls bestätige sie den fehlerhaften Akt durch ihr Stillschweigen. Die Richtigkeit dieser Auffassung dürfte außer Zweifel stehen. Es kann jedoch nur der Rechtssicherheit dienen, wenn diese Frage einer positivrechtlichen Regelung zugeführt wird.

Ein Ansatz dazu findet sich in dem Entw. Württ. Art. 48 Abs. 2. Dort ist neben dem Fall der Anwendung unlauterer Mittel der der sachlichen Rechtswidrigkeit ausgenommen worden. Und das mit gutem Grunde: ein entgegen zwingenden Rechtsvorschriften erlassener Akt kann auch dann nicht rechtmäßig werden, wenn noch soviel Zeit darüber vergeht.

Diesen Gedanken spricht auch das Sächs. OVG.[176]) aus, wenn es meint, daß Verwaltungsakte auch dann, wenn sie formell unanfechtbar geworden sind, von den Behörden unter

---

173) § 75 lautet: „Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.“ — Beruft sich die Partei nicht auf die Rechtswidrigkeit, dann kommt auch bei schuldlos rechtswidrigen Eingriffen § 75 zum Zuge (vgl. RG. 140, 276).

174) § 142, Abs. 1 LVO. f. Thür. und oben S. 53.

175) Jellinek S. 288; Kormann in Verw. Arch. 19,176: die Behörde verschweige sich fakultativer Versagungsgründe, falls sie sie nicht alsbald geltend mache.

176) Sächs. OVG. in: Dtsch. Verw. 1936, S. 55.

gewissen Voraussetzungen und insbesondere dann zurückgenommen werden können, wenn sie zur Zeit ihres Erlasses dem geltenden Recht widersprachen. Auch hier wird also in der materiellen Rechtswidrigkeit ein nicht durch Zeitablauf erloschener Zurücknahmegrund gesehen.

Nach dem Entw. Württ. Art. 48 Abs. 2 soll die Behörde ihr Zurücknahmerecht 6 Monate nach Erlaß des Aktes verlieren, gleichgültig, wann sie von der Zulässigkeit der Zurücknahme erfahren hat. Das rechtfertigt sich insbesondere deswegen, weil auch der Fall der Erschleichung ausgenommen ist[177]). Bei diesem ist also, ebenso wie bei der sachlichen Rechtmäßigkeit, die Zurücknahme unbeschränkt zulässig[178]).

Die Notwendigkeit einer Zeitgrenze erweist sich auch im Staatsangehörigkeitsrecht dann als notwendig, wenn man, wie hier geschehen, nicht mehr an der völligen Unmöglichkeit der Zurücknahme von Formalakten festhält. Der Einwand, daß die Anerkennung der Zurücknahmemöglichkeit für Formalakte einen Zustand der Rechtsunsicherheit herbeiführe, wäre so am besten auszuräumen[179]).

Es könnte daher nur begrüßt werden, wenn der im Entwurf Württemberg erstmalig verankerte Gedanke einer Befristung des Zurücknahmerechts reichsrechtliche Billigung erführe. Damit wäre ein neues Glied zur Herbeiführung willkürfreier Verwaltungstätigkeit geschaffen.

## Kapitel VII: Die Folgen des Wegfalls eines Verwaltungsaktes für Dritte.

### § 1. Die Folgen im Falle der Nichtigkeit.

Scheinbar ergibt sich aus dem Begriff der Nichtigkeit, daß irgendwelche Rechtsfolgen des nichtigen Aktes nicht anzunehmen sind. Das trifft im Verhältnis des unmittelbar Beteiligten zur Behörde allerdings zu. Wie steht es aber mit den Personen, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Aktes Handlungen sich gegenüber haben vornehmen lassen oder die selber dem Beteiligten gegenüber rechtsgeschäftlich gehandelt haben?

---

177) Neuhäuser a. a. O. hält bei der Täuschung eine Zurücknahme in spätestens drei Jahren nach der Verübung für zulässig.

178) Den Anforderungen des Beamtenrechts wird allerdings die Kenntnis des Zurücknahmegrundes als Anknüpfungspunkt des Zeitablaufs besser gerecht, insbesondere, wenn auch die Anwendung unlauterer Mittel miteinbezogen wird. So § 33, Abs. 2 DBG., wonach die Nichtigkeitserklärung innerhalb von 6 Monaten nach Kenntnis erfolgen muß.

179) So auch v. Dobschütz a. a. O. S. 30.

Will man ihnen einen Schutz angedeihen lassen, so wird zunächst festzustellen sein, ob sie einen solchen verdienen. Das ist dann sicher nicht der Fall, wenn sie durch eigenes schuldhaftes Verhalten den Nichtigkeitsgrund herbeigeführt haben[180]) oder wenigstens von dem Nichtigkeitsgrund Kenntnis hatten[181]). Andererseits gebietet im Regelfall sowohl staatliches Ansehen wie der Gedanke der Rechtssicherheit, daß derjenige Dritte, der auf die Wirksamkeit eines nichtigen Hoheitsaktes — z. B. einer Bauerlaubnis[182]) — ohne eigenes Verschulden vertraut, in seinem Rechtsstand geschützt wird[183]). Denn auch im nichtigen Verwaltungsakt wirkt im Gegensatz zum Nichtverwaltungsakt noch der Schein des Rechtes, der ihm z. B. durch ein Feststellungsverfahren genommen werden kann. Um dieser Rechtsscheinwirkung willen kann das Vertrauen des Dritten nicht getäuscht werden. Er kann sich vielmehr auf seinen guten Glauben berufen und dadurch die Nichtigkeitsfolgen für sich abwenden[184]).

## § 2. Die Folgen im Falle der Zurücknahme.

Während im Falle der Zurücknahme eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Zukunft für einen Schutz des gutgläubigen Dritten kein Raum ist, erscheint dieser Schutz um so notwendiger, wenn ein Verwaltungsakt mit ex tunc-Wirkung zurückgenommen wird. Bei folgerichtiger Durchführung der Rückwirkung müßten sämtliche Rechtsfolgen, die auf dem zurückgenommenen Verwaltungsakt beruhen, rückgängig gemacht werden. Daß eine solche Regelung dem berechtigten Vertrauen eines Dritten auf den Bestand des

---

180) Z. B. durch Drohung.

181) So Entw. Württ. Art. 40, Abs. 2; im übrigen schränkt aber Art. 40, Abs. 1 den Vertrauensschutz insofern ein, als er nur öffentlich-rechtliche Handlungen, also z. B. Notariatsakte eines Scheinnotars, aufrechterhalten wissen will (Begründung S. 281).

182) Der Grundeigentümer ist im Besitze einer nichtigen Bauerlaubnis. Der Nießbraucher baut im Vertrauen auf diese. — Entw. Württ. sieht für Anlagen und Bauten in Art. 39 eine besondere Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen vor.

183) Wegen der besonderen Verhältnisse im Einbürgerungsrecht sei auf die genannten Dissertationen von Baressel (S. 19/20) und v. Dobschütz (S. 29) verwiesen.

184) Darüber hinaus läßt § 34 DBG. die Akte gültig sein, die von einem Scheinbeamten, dessen Anstellung nichtig war, stammen. Auch hier ist es die Rechtsscheinwirkung, die die Wirksamkeit dieser vom Scheinbeamten erlassenen Akte rechtfertigt. Denn im Grunde fehlt diesen Akten die rechtliche Grundlage: Erlaß durch ein Staatsorgan. Vgl. auch oben S. 29.

Aktes nicht gerecht wird[185]), bedarf hier keiner weiteren Darlegung.

Man wird allerdings verlangen müssen, daß der Dritte ohne eigenes Verschulden auf die Gültigkeit des Aktes vertraute[186]). Sonst bedarf er keines Schutzes. Denn diese Nichtrückwirkung im Verhältnis zu Dritten hat nur dann ihre Berechtigung, wenn ein wirkliches Bedürfnis vorliegt. Das ist aber zu verneinen, wenn der Dritte auf eigene Gefahr, d. h. trotzdem er die Zurücknehmbarkeit kannte oder kennen mußte, gehandelt hat oder sich gegenüber hat handeln lassen[187]). Wollte man auch in diesen Fällen die Rückwirkung Dritten gegenüber ausschließen, so würde diese in ihrer Bedeutung eine unnötige Einschränkung erfahren. Der Vertrauensschutz hat dann seinen Sinn verloren, wenn dieses „Vertrauen“ sich auf einen bestehenden Rechtszustand stützt, dessen Fehlerhaftigkeit dem „Vertrauenden“ bekannt ist. Daß der Staat an der Herstellung dieses Zustandes entscheidend mitgewirkt hat, macht ihn nicht weniger fehlerhaft, und wenn der Staat wegen dieses Fehlers die Zurücknahme ex tunc für angezeigt hält, so ergibt sich daraus schon, daß es sich um einen Fehler handelt, dessen Kenntnis die Schutzwürdigkeit im allgemeinen ausschließt[188]). Das gleiche gilt naturgemäß, wenn der Dritte selbst unlautere Mittel angewandt hat.

Im übrigen bedarf der redliche Rechtsverkehr sehr wohl dieses Schutzes[189]). Ihm gegenüber behalten daher Rechtsgeschäfte, die ihre Grundlage in dem mit ex tunc-Wirkung zurückgenommenen Verwaltungsakt haben, ihre Wirksamkeit[190]).

---

185) Weskamp a. a. O. S. 43.

186) So § 142, Abs. 2 BGB.; a. A. Weskamp a. a. O. S. 45 in Anlehnung an § 32 FGG., wonach es auf die Kenntnis oder Unkenntnis der Zurücknehmbarkeit nicht ankommen soll.

187) So kann sich ein Dritter, der weiß, daß ein Verwaltungsakt erschlichen worden ist, im Falle der Zurücknahme ex tunc nicht auf sein „Vertrauen“ auf den Bestand des Aktes berufen.

188) Insbesondere die Kenntnis von der Anwendung unlauterer Mittel.

189) So auch Neuhäuser S. 269 und KG. in RuPrVerwBl. 49, S. 149.

190) Für das Beamtenrecht gilt § 34 DBG.

# Dritter Hauptteil.

## Folgerungen.

### Kapitel I: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.

Die Behandlung der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt, wie sie hier erfolgt ist, läßt die Frage auftauchen, welche Gesichtspunkte nun zusammenfassend für die neue Behandlungsweise der Lehre in Betracht kommen.

Aus der Begründung, die sich an die Erklärung der Anwendbarkeit der einen oder anderen Fehlerfolge anknüpfte, ging hervor, daß besonders ein Wert für die Lehre von zentraler Bedeutung ist, nämlich die Rechtssicherheit. Ihr Bestehen macht den Staat zu einem Rechtsstaat, in dem die Ermöglichung kultureller und wirtschaftlicher Entfaltung als schutzwürdiger Staatszweck anerkannt wird. Diese Entfaltung ist nur bei geordneten und gesicherten Rechtsverhältnissen denkbar [1]).

Wenn man mit dem Begriff der Rechtssicherheit dreierlei auszudrücken in der Lage ist [2]), nämlich die Sicherung der Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen, die Schaffung einer klaren Rechtslage für die Beteiligten und schließlich die Ausschaltung behördlicher Willkür, so kommt hier den beiden zuletzt genannten Gesichtspunkten besondere Bedeutung zu.

Allerdings wird mit Recht für die Verwaltungsakte keine materielle Rechtskraft angenommen, weil die Dynamik der Verwaltungstätigkeit eine derartige Bindung nicht zuläßt. Unzweifelhaft können aber die Verwaltungsakte in formelle Rechtskraft erwachsen. Die sich daraus ergebende klare Rechtslage würde aber sowohl für die Verwaltung wie für den Beteiligten in unerträglicher Weise beeinträchtigt werden, wenn in einem praktisch bedeutsamen Ausmaß die Nichtigkeit von fehlerhaften Verwaltungsakten geltend gemacht

---

1) Vgl. die Rede Görings: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Stuckart, in: Dtsch. Verwaltung 1935, S. 354: „In einem Volk wie dem deutschen, das immer ein besonders feines und empfindliches Rechtsgefühl gehabt hat, ist das Bewußtsein der Rechtssicherheit eine reale Macht und ein Ewigkeitswert."

2) So Herrfahrdt: Revolution u. Rechtswiss. S. 23.

und der Grundsatz der formellen Rechtskraft damit in Frage gestellt werden könnte. Die Annahme der Nichtigkeit hat sich daher auf ganz wenige Ausnahmefälle zu beschränken.

Aber auch innerhalb des Rahmens der formellen Rechtskraft kann nicht auf Rechtssicherheit verzichtet werden, d. h., die Gründe, die zu einer erfolgreichen Geltendmachung der Vernichtbarkeit führen können, sind möglichst eng zu begrenzen (Vermutung der Rechtmäßigkeit). Nicht jeder unbedeutende Fehler kann daher zur Vernichtung des Aktes hinreichen. Im Regelfall muß sich sowohl der Beteiligte wie die Verwaltung darauf verlassen können, daß der einmal hergestellte Rechtszustand unberührt bleibt. Der Gedanke der Rechtssicherheit ist aber auch unter dem Gesichtspunkt der Ausschließung jeder Willkür für die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt von Bedeutung. Die Verwaltung wird bestrebt sein müssen, auch nur den Anschein der Willkür zu vermeiden und ihre Akte nur unter strenger Bindung an die Rechtsordnung zu erlassen, was nicht gleichbedeutend mit einer ängstlichen Beobachtung der geschriebenen Norm ist.

Die Beseitigung von fehlerhaften Verwaltungsakten wird dagegen dann geboten sein, wenn gegen verbindliche Vorschriften verstoßen worden ist, deren Einhaltung gerade der Rechtssicherheit dienen soll. Zwar kommt dieser schon allein das Bestehen einer positiven Rechtsordnung zugute; es bestehen aber bestimmte Gruppen von Normen, die ihre besondere Bedeutung aus ihrer Rechtssicherheitsfunktion gewinnen.

Zu diesen Vorschriften gehören vor allem diejenigen, die die Form, das Verfahren und die Zuständigkeit betreffen. Die darauf bezüglichen Normen sollen eine bestimmte Ordnung, z. B. die des Instanzenzuges, gewährleisten, ohne daß es dabei auf die inhaltliche Richtigkeit des Aktes in erster Linie ankommt. Diese Vorschriften sichern einen „Formwert“ [3]), dessen Verletzung selbst bei materieller Richtigkeit (Gerechtigkeit) u. U. zur Beseitigung des Aktes führen kann.

Während also grundsätzlich die Rechtssicherheit zur weitgehenden Aufrechterhaltung der Akte führt, ergibt sich aus Verstößen gegen diese typischen Rechtssicherheitsvorschriften regelmäßig die Beseitigung des fehlerhaften Aktes zur Wiederherstellung der Rechtssicherheit. Damit wird eine überindividuelle Lösung erreicht. Denn während die Gerechtigkeit Wertungen ausgesetzt ist, die deshalb nie einheitlich sein werden, weil verschiedene Personen auch bei grundsätzlicher weltanschaulicher Uebereinstimmung doch im einzel-

---

3) Herrfahrdt a. a. O. S. 19.

nen verschiedene Maßstäbe anlegen werden, ist die Rechtssicherheit diesen Schwankungen entzogen [4]) und hat gerade daher ihre hervorragende Bedeutung für den Rechtsstaat.

Demgegenüber kommt bei der Beseitigung eines Aktes wegen eines Inhaltsmangels das Streben nach materieller Gerechtigkeit zum Ausdruck. Diese Akte sind deshalb unwirksam, weil sie inhaltlich dem geltenden Gerechtigkeitsideal widersprechen. Die Herbeiführung eines gerechten Zustandes ist aber nicht allein Aufgabe der Gerichte, sie ist ebenso sehr Pflicht der Verwaltung für ihren Bereich. Man wird sagen können, daß bei diesen Fehlern der in der Gerechtigkeit liegende Wert („Inhaltswert") [5]) ausschlaggebend ist und den in dem bestehenden Verwaltungsakt liegenden „Formwert", dessen Anerkennung zur Aufrechterhaltung des Aktes führen würde, überwindet.

Wir können also feststellen, daß der Grundsatz, daß fehlerhafte Verwaltungsakte möglichst aufrechtzuerhalten sind, in zweifacher Weise durchbrochen wird: einmal zum Zwecke der Wiederherstellung der mißachteten Rechtssicherheit, zum andern zur Herstellung eines der wahren Rechtslage entsprechenden Zustandes (Gerechtigkeit).

## Kapitel II: Der Vertrauensschutz.

Während die Rechtssicherheit zur Schaffung einer klaren Rechtslage und der Ausschaltung behördlicher Willkür dient, kommt daneben noch dem Vertrauensschutz, wenigstens teilweise, eine besondere Bedeutung zu. Das Vertrauen des einzelnen in die willkürlose Wahrnehmung obrigkeitlicher Befugnisse und in die Aufrechterhaltung begünstigender Akte [6]) deckt sich zwar mit den Forderungen der Rechtssicherheit. Hat aber die Verwaltung einen belastenden Akt fehlerhaft erlassen, so richtet sich das Vertrauen des einzelnen darauf, daß die Verwaltung ihn nach Kenntnis der Fehlerhaftigkeit wieder zurücknimmt, also die bisher bestehende Rechtslage beseitigt [7]).

---

4) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 171 f.

5) Herrfahrdt a. a. O. S. 19.

6) Denn nur dann kann der einzelne den Akt zur Grundlage weiterer Entschließungen und zu Vereinbarungen mit Dritten machen.

7) Wenn in klaren Fällen fehlerhafte Akte nicht von Amts wegen zurückgenommen werden, sondern die Fehlerhaftigkeit erst im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden muß, so bedeutet dies eine besonders schwere Vertrauensschädigung. Das Vertrauen kann nur erhalten bleiben, wenn die Verwaltung freimütig Fehler zugibt, die im Grunde ja nicht dem Staat, sondern einem seiner Organe zurechenbar sind.

Werden Akte wegen Verletzung von Rechtssicherheitsvorschriften beseitigt, so kann dies nur dann als berechtigt anerkannt werden, wenn zuvor die Frage des Vertrauensschutzes geprüft ist. Es ist nicht angängig, Akte wegen dieser Fehler dann zu beseitigen, wenn ein berechtigtes Vertrauen, sei es der Verwaltung, sei es des Beteiligten, in den Bestand des Aktes ohne dringendste Notwendigkeit dadurch getäuscht würde. Hier führt also die Anerkennung des Vertrauensschutzes zur Aufrechterhaltung fehlerhafter Akte, die eigentlich aus Gründen der Rechtssicherheit zu beseitigen wären [8]).

Die Bedeutung, die der Vertrauensschutz im nationalsozialistischen Staat hat, ergibt sich daraus, daß der einzelne das Gefühl haben muß, daß auch für ihn als Glied der Gemeinschaft verwaltet wird. Er muß wissen, daß er selbst den Erfolg guter Verwaltung unmittelbar zu spüren bekommt. Gerade dieses Vertrauen führt zu einem Gefühl der Zugehörigkeit und Mitverantwortlichkeit, ohne die der nationalsozialistische Staat seinen Aufgaben nicht gerecht werden kann [9]).

Allerdings kann der Vertrauensschutz nie soweit gehen, daß seinetwegen überwiegende öffentliche Interessen zurückstehen müssen. Zwar liegt auch die Erhaltung des Vertrauens im öffentlichen Interesse; im konkreten Fall wird aber dieses Vertrauen dann getäuscht werden müssen, wenn dringende staatliche Notwendigkeiten es erfordern [10]).

Aber auch die Verwaltung hat ein Recht auf Schutz ihres Vertrauens, insbesondere darauf, daß ihre Akte nur in Ausnahmefällen wegen einer Fehlerhaftigkeit gänzlich unbeachtet bleiben. Sie muß sich darauf verlassen können,

---

[8]) In der Anerkennung des Vertrauensschutzes liegt das Streben nach Herbeiführung eines gerechten Zustandes für den einzelnen. Bisweilen muß die Idee der Rechtssicherheit dem Prinzip der Gerechtigkeit weichen (vgl. v. Hippel S. 143).

[9]) v. Köhler S. 202/03: "Die sich in die Volksgemeinschaft einfügende Verwaltung kann dieser nur dienen, wenn sie in ihr von höchstem Vertrauen getragen ist. In diesem Vertrauen wird der Volksgenosse seinerseits um so besser und wirksamer die ihm zu seinem Teil zugewiesenen Aufgaben erfüllen können." — Dem von staatlichen Behörden beanspruchten Vertrauen muß aber ein Verhalten der Behörden entsprechen, das dieses Vertrauen rechtfertigt (OVG. in RVBl. 36,338).

[10]) So richtig v. Hippel S. 109 und Schack in Frank: Dtsch. Verw. Recht S. 336. — Es ergibt sich dann allerdings eine Entschädigungspflicht des Staates. Vgl. dazu oben S. 59 ff.

daß Verwaltungsakte vom einzelnen, wenn schon nicht als gültig, so doch als nur anfechtbar angesehen werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich daher der Grundsatz, daß im Falle der Beseitigung fehlerhafter belastender Akte die Folge regelmäßig nur die Vernichtbarkeit sein kann.

## Kapitel III: Die Staatsautorität.

Die Autorität des Staates, die hinter dem Verwaltungsakt steht, hat seit der Entwicklung der Lehre dazu geführt, daß man von einer „Selbstbezeugung der Rechtmäßigkeit"[11]) des Verwaltungsaktes gesprochen hat. Dieser Gedanke ist auch im nationalsozialistischen Staate durchaus lebensfähig. Aus den Aufgaben, die der Staat zum Nutzen des Volkes zu erfüllen hat, ergibt sich für diesen ein besonderer Rang, der ihn aus der Reihe der übrigen Rechtssubjekte heraushebt. Es entspricht demnach nicht der dem Staate eigenen Würde, daß staatliche Willensäußerungen, die in Gestalt von Verwaltungsakten erscheinen, wegen geringfügiger Mängel unbeachtet bleiben sollen, wie dies die Wiener Schule und auch Herrnritt[12]) annehmen.

Andererseits ist aber von der Verwaltung zu verlangen, daß sie nicht fehlerhafte Akte aus unsachlichen Motiven zur angeblichen Wahrung ihrer Autorität (Scheinautorität) aufrechterhält. Ein solches Verhalten würde diese im Gegenteil schwächen. Die vom einzelnen anerkannte Staatsautorität gibt dieser erst ihren inneren Rang[13]), ja die Staatsautorität ist abhängig von ihrer Anerkennung durch den einzelnen. Zwar kann der Staat durch seine Machtmittel die Befolgung seiner Anordnungen, auch wenn sie rechtswidrig sind, erzwingen, Autorität erwirbt er sich damit jedoch nicht.

Wenn trotzdem für die Verwaltungsakte ein höheres Maß von Widerstandskraft angenommen wird als für die Willenserklärungen von Privaten, so ist dabei das Bestehen dieses Autoritätsverhältnisses vorausgesetzt. Daraus ergibt sich dann, daß die Akte der Verwaltung im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit allerdings vernichtbar, aber nur unter ganz

---

[11]) So Otto Mayer I, S. 95 und die h. M. Wenn Merkl S. 201 die Sonderstellung des fehlerhaften Verwaltungsaktes als ein Zeugnis der Irrlehre von der metarechtlichen Verwaltung und die Lehre von der Selbstbezeugung der Rechtmäßigkeit als fast naiv bezeichnet (S. 200), so beweist das, wie wenig seine Auffassung den besonderen Lebensgesetzen staatlicher Ordnung gerecht zu werden vermag.

[12]) S. 284 Anm 7.

[13]) So Forsthoff: Der totale Staat S. 30.

besonderen Umständen nichtig sind. Das hinter den Verwaltungsakten stehende Staatsansehen sichert ihnen grundsätzlich wenigstens einstweiligen Bestand.

## Kapitel IV: Das Verschulden des Beteiligten.

Schließlich verdient noch ein weiterer Rechtsgedanke auf die hier behandelte Lehre bezogen zu werden: es ist der der Sühne für schuldhaftes Verhalten. Der Sühnegedanke ist kein auf das Strafrecht beschränkter, auch das bürgerliche Recht greift ihn in den Begriffen wie arglistige Täuschung und Drohung und dem Recht der unerlaubten Handlungen auf. Grundsätzlich läßt es nur für Verschulden haften. Dieser Gedanke ist also im Gebiet des ganzen Rechts lebendig[14]). Auch das Verwaltungsrecht kann daran nicht vorübergehen. Wenn von jemandem gegen den Grundsatz von Treu und Glauben z. B. dadurch verstoßen wird, daß er, um in den Genuß von Vergünstigungen zu kommen, sich unlauterer Mittel bedient, so wird auch im Verwaltungsrecht eine Sühne am Platz sein, die weder einem strafrechtlichen Verfahren vorgreift noch sich in dessen Bahnen bewegt, die vielmehr der Eigenart des Verwaltungsrechts gemäß ist. Es kommt daher lediglich die Aussöhnung des verletzten Rechtsempfindens durch Beseitigung des Verwaltungsaktes in Betracht, und zwar mit rückwirkender Kraft.

Nicht entscheidend ist dabei, ob der Akt auch ohne einen derartigen Verstoß ebenso erlassen worden wäre. Denn selbst dann, wenn der Akt in genau der gleichen Form mit dem gleichen Inhalt ergangen wäre, kann seine Beseitigung aus dem Gesichtspunkt der Sühne erfolgen. Der Grund zur Beseitigung liegt dann nicht in einer formellen oder inhaltlichen Fehlerhaftigkeit des Aktes, die außerdem eine Rolle spielen kann, sondern in der Verwirklichung des Sühnegedankens.

## Kapitel V: Schluß.

Wir kommen zu folgendem Ergebnis:

I. Für die Aufrechterhaltung der fehlerhaften Akte sprechen:

1. allgemein
   a) die Staatsautorität
   b) die Rechtssicherheit (falls keine Rechtssicherheitsvorschriften verletzt worden sind).

---

[14]) Vogels in Verw. Arch. 27 S. 262 nennt das Verschuldensprinzip den „Niederschlag unserer allgemeinen sittlichen Volksanschauung".

2. insbesondere bei begünstigenden Akten,
   a) Vertrauensschutz für den einzelnen,
   b) die Schuldlosigkeit des einzelnen.
3. insbesondere bei belastenden Akten,
   a) Vertrauensschutz für die Verwaltung,
   b) das überwiegende öffentliche Interesse,
   c) Schuldlosigkeit der Behörde.

II. Für die Beseitigung sprechen dagegen:
1. allgemein,
   die Verletzung einer Rechtssicherheitsvorschrift.
2. insbesondere bei begünstigenden Akten,
   a) das überwiegende öffentliche Interesse,
   b) das Verschulden des einzelnen.
3. insbesondere bei belastenden Akten,
   a) der Vertrauensschutz für den einzelnen,
   b) das Verschulden der Behörde.

Diese Aufstellung zeigt, unter welchen Gesichtspunkten heute die einzelnen Fehler zu beurteilen sein werden[15]. Wenn man im konkreten Fall alle diese Gesichtspunkte vor der Entscheidung prüft, wird man im allgemeinen einen gerechten Ausgleich darin finden, daß man weder Nichtigkeit noch Wirksamkeit, sondern Vernichtbarkeit als die regelmäßige Folge fehlerhafter Akte anerkennt[16]. Nur in besonderen Fällen wird man das Pendel nach der einen oder anderen Seite ausschlagen lassen können. Wo und warum dies bei dem einen oder anderen Fehler zu geschehen hat, ist oben gezeigt worden.

---

[15]) Dann können auch Begriffe wie: absolute Unzuständigkeit, zwingende Norm, schwerer Fehler, wesentliche Form usw. ihre Berechtigung haben, weil sie auf bestimmten Wertvorstellungen beruhen. Vgl. v. Hippel S. 117.

[16]) Hier ist die Fehlerhaftigkeit, die zur Beseitigung des Aktes führen muß, unterstellt. Im übrigen gilt der Grundsatz der Selbstbezeugung der Rechtmäßigkeit.

## Die Behandlung fehlerhafter begünstigender Akte in der Gesetzgebung.

| ZR = Zurücknahme<br>N = Nichtigkeit | Badische Verordnung vom 31. 8. 1884 | Pr. LVG. vom 30. 7. 1883 *) | Reichsabgabenordnung in der Fass. v. 22. 5. 1931 | LVO. für Thüringen vom 10. 6. 1926 | Gaststättengesetz vom 28. 4. 1930 | Pr. PVG. vom 1. 6. 1931 **) | Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937 | Entwurf Württemberg 3. Lesung 1936 | Österr. AVG. vom 21. 7. 1925 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Formmängel | | | | | | | | N. Art. 34 | |
| Verfahrensmängel | | | | | | | | Z. R. Art. 48 I 4-6 | |
| Örtl. Unzuständigkeit | Z. R. § 43, 2 | | Wirksamkeit § 79 I | | | | | Z. R. Art. 48 I 3 | Z. R. § 68 IVa |
| dgl. bei Grundstücken | | | | | | | | N. Art. 34 | |
| Sachl. Unzuständigkeit | Z. R. § 43, 2 | Z. R. § 126 I | Z. R. § 96 I 1 | Z. R. §§ 142 I 2; 143 1 | | | Z. R. § 26 III 1 | N. Art. 35 | Z. R. § 68 IVa |
| Obj. oder fahrl. falsche Angaben | | | Z. R. § 96 I 2 | Z. R. §§ 142 I 4; 143,5 | Z. R. § 12 II 2 | Z. R. § 42 Ib | | | |
| Erschleichung | Z. R. § 43, 2 | | Z. R. ex tunc § 96 II | Z. R. ex tunc §§ 142 I 5; 143, 6; 144 | Muß=Z. R. § 12 I | | Muß=Z. R. § 26 II 1 | Z. R. ex tunc Art. 48 I 7; 51 I | Wiederaufnahme § 69 |
| Rechtswidrigkeit | Z. R. § 43, 2 | Z. R. § 126 I | | Z. R. §§ 142 I 3; 143,2 | | Z. R. § 42 Ia | | Z. R. Art. 48 I 1 | Z. R. § 68 IVa |

*) Durch die Aufsichtsbehörde im Klageweg. **) Bezüglich Erlaubnisse und Bescheinigungen.

## Lebenslauf.

Am 17. September 1910 wurde ich als Sohn des Generalmajors a. D. Hermann Freiherr von Stenglin und seiner Ehefrau Adele, geborene von Heemskerck in Berlin-Lichterfelde geboren. Ich besuchte die humanistischen Gymnasien zu Friedenau und Zehlendorf und bestand, nachdem ich im April 1929 in die NSDAP. eingetreten war, das Abiturientenexamen am Königstädtischen Gymnasium zu Berlin. Seit dem Winter-Semester 1931 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Rostock, Frankfurt am Main und Marburg und bestand am 16. Mai 1935 das Referendarexamen beim Oberlandesgericht in Kassel mit lobenswert. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, z. Zt. in der Verwaltungsstation bei der Deutschen Bank und Disconto-Gesellschaft in Berlin.